الوصايا والتنزيل
في الفقه الإسلامي

تأليف
الأستاذ محمّد التاويل

منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية
1425هـ / 2004م

الكتاب : **الوصايا والتنزيل في الفقه الإسلاميّ**
المؤلّف : محمد التاويل
الناشر : وزارة الأوقاف والشؤون الإسلاميّة

الطبع : فيديبرانت
ردمك : 9954-0-5007-8
الإيداع القانونيّ : 2004 / 1435
الطبعة الأولى : 1425 هـ/ 2004 م

بسم الله الرحمان الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وعلى آله وصحابته أجمعين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين

تقديم

فإنه من السنن الحميدة والتقاليد الموروثة التي دأبت عليها وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بتوجيه من أمير المؤمنين حامي الملة والدين والعناية بالثقافة الإسلامية والسهر على نشرها وتعميمها وتشجيع أهلها وذويها والمتخصصين فيها من علمائها، وباحثين ومفكرين، ومساعدتهم على طبع ونشر أبحاثهم ودراساتهم الجامعية.

وفي هذا الإطار ارتأت الوزارة القيام بطبع ونشر أطروحة الأستاذ محمد تاويل " **الوصايا والتنزيل في الفقه الإسلامي**" ليتيسر تداولها ويعم النفع بها والاستفادة على أوسع نطاق.

فإن هذه الدراسة بالإضافة إلى أهمية موضوعها الذي اهتم به القرآن في أكثر من آية وعنيت به السنة النبوية في أكثر من حديث وشغل العلماء قديما وحديثا منذ نزول قوله تعالى **﴿كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراء الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين﴾**.

فإنها بالإضافة إلى ذلك تتميز بـ:

- اهتمامها بتأصيل القضايا المعروضة فيها للبحث وتقصيد ما جاء فيها من أحكام وردها إلى الكتاب والسنة وغيرهما من مصادر التشريع الإسلامي.
- تتبع المذاهب الفقهية والمقارنة والاستدلال لها ومناقشة أدلتها لتعريف القارئ بمدارك الفقهاء ومستندهم فيما ذهبوا إليه من آراء.

- اعتمادها في تقرير الأحكام ومناقشة الأدلة على القواعد الأصولية والفقهية مما أضفى على الدراسة طابعا خاصا امتزج فيه المعقول بالمنقول والفروع بالأصل والإجمالي بالتفصيلي والنظري بالتطبيقي.
- اعتناؤها بالبحث عن أسرار التشريع، وإبراز حكمه، والكشف عن علله، بهدف إقناع القارئ بصواب أحكامه وعدالتها، وتقبلها والعمل بها والدفاع عنها.
- المقارنة بين الأحكام الفقهية والموازنة بينها وبين القوانين الوضعية.

نسأل الله تعالى أن يجعل ثواب هذا العمل في سجل الأعمال الصالحة لمولانا امير المؤمنين حامي حمى الملة والدين جلالة الملك محمد السادس نصره الله وأيده، وأقر عينه بولي عهده الأمير مولاي الحسن، ويشد عضده بسمو الأمير مولاي الرشيد ويحفظه في سائر أفراد أسرته الملكية الشريفة إنه سميع مجيب.

وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية

أحمد التوفيق

بسم الله الرحمان الرحيم

الوصايا والتنزيل في الفقه الإسلامي

تكتسي الوصايا والتنزيل أهمية بالغة في الشريعة الإسلامية بصفة عامة، ولدى علماء الفقه بصفة خاصة منذ نزول أول آية قرآنية فيها :

﴿كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا، الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف، حقا على المتقين﴾[1].

ويرجع سبب هذا الاهتمام إلى عدة أمور :

1- إلى اعتبارها آخر فرصة لاستدراك الإنسان ما فاته من واجبات، وما فرط فيه من حقوق الله، وحقوق عباده، قبل أن يفاجئه الموت، فيقول : **﴿رب لولا أخرتني إلى أجل قريب فأصدق وأكن من الصالحين﴾**[2].

2- إلى ما ورد في الكتاب والسنة من الأمر بها والحث عليها، والترغيب فيها واعتبارها بابا من أبواب البر والإحسان، تجمع لصاحبها بين الحسنيين : جميل الذكر في الدنيا، وحسن ثواب الآخرة، وذلك غاية ما يرجوه المؤمن، وتصبو إليه نفسه، ويتضرع إلى ربه للحصول عليه : **﴿ربنا آتنا في الدنيا حسنة، وفي الآخرة حسنة، وقنا عذاب النار﴾**[3].

3- بالإضافة إلى كونها تتيح للإنسان التصرف في ماله بعد يأسه من الانتفاع به، وتمكنه من نفع من يريد نفعه من قرابته وجيرانه، أو معارفه، أو غيرهم من مواطنيه، دون الإضرار بنفسه. أو ورثته.

وقد انعكست هذه الأهمية على مجهودات الفقهاء والعلماء، قديما وحديثا، ظهر ذلك في هذا التراث الضخم، الذي تزخر به المكتبات والخزانات، في شكل فتاوى، ووثائق،

1- سورة البقرة، من الآية : 180.

2- سورة المنافقون، من الآية : 10.

3- سورة البقرة، من الآية : 200.

ومؤلفات، تهتم بهذا الموضوع من جميع وجوهه وأشكاله، وتخصص له بابا أو أكثر في المؤلف الواحد، بينما أفرده بعض آخر بكتب خاصة، ودراسات مستقلة، مبالغة في الاهتمام.

إلا أنه رغم هذه العناية التي حظيت بها الوصايا والتنزيل، في مختلف المذاهب الفقهية. من طرف المتقدمين والمتأخرين، ورغم ما كتب عنها وحولها، فإنها ما تزال في حاجة ماسة إلى دراسة جديدة، تنسق بين هذه الجهود، وتطعمها بما جد من نوازل وأحكام، في عالم الفقه من هذا الباب.

وبالإضافة إلى ما سبق فإن هناك أسبابا أخرى دفعتني لاختيار هذا الموضوع، لأطروحتي، وهو ما لاحظته من خلال قراءتي للموضوع من افتقار الدراسات المنجزة فيه إلى عدة أمور، نوجزها فيما يلي :

1- افتقارها إلى التنقيح والتهذيب، وتنقيتها مما تجاوزه العصر، ولم تعد الحاجة إليه كما كان في الماضي، مثل الوصايا للعبيد، وبالعبيد، ومن العبيد، وغير ذلك من أحكام العتق والرقيق، التي ملأت كتب المتقدمين في باب الوصايا وعقدتها، وقد جاء الوقت للاستغناء عنها والتشطيب عليها، والاكتفاء منها بما يصلح للاعتبار والقياس.

2- افتقارها إلى التأصيل والتدليل في كثير من الأحيان، واكتفاؤها بسرد الأحكام الجاهزة، دون البحث عن حكمها وأسرارها، أو الإشارة إلى أدلتها ومصادرها.

3- احتياجها إلى المقارنة بين الآراء الفقهية، والموازنة بينها وبين القوانين الوضعية، بغية الوصول إلى معرفة الراجح من المرجوح، والقوي من الضعيف، من مذاهب الفقهاء، وما ينبغي تعديله أو إلغاؤه من القوانين الوضعية، لمخالفته الشريعة الإسلامية نصا أو روحا.

4- افتقارها إلى شيء من الترتيب والتنظيم، والفهرسة والتبويب، وإلى المزيد من التبسيط والتوضيح، لحل ما فيها من إشكال، وشرح ما فيها من غموض، يحول في بعض الأحيان بين القارئ وبينها، ويمنعه من الاستفادة منها.

5- افتقارها إلى المزيد من تتبع مختلف الفروع والنوازل، واستقراء ما فيها من آراء وأقوال، بدل الاكتفاء وبالنزر اليسير من المسائل، والوقوف عند الراجح أو المشهور فيها، مما يحرم القارئ والدارس من الاطلاع على كثير من النظريات، والآراء الفقهية المفيدة في هذا الموضوع.

وتلافيا للوقوع في الملاحظات الآنفة الذكر، فإن المنهجية المنوي اتباعها في هذا البحث سوف تلتزم بالمقاييس الإسلامية فيما تقوم به من عرض وتحليل، وما تقدمه من آراء وحلول، وما تسلكه في المناقشة والاستدلال، وتهتم بصفة خاصة بالجوانب التالية :

1- الحرص ما أمكن على تأصيل أحكام القضايا المعروضة للبحث، بردها إلى الكتاب والسنة، وغيرهما من مصادر التشريع الإسلامي، المتفق عليها، والمختلف فيها، توثيقا لتلك الأحكام من جهة.

وليعلم القارئ من جهة أخرى أن الفقه الإسلامي وإن كان اجتهادا فرديا في أكثر مسائله، فإنه مرتبط بأصوله وجذوره الأولى، لا يتناقض معها، ولا يسمح لنفسه بالخروج عنها، فهو اجتهاد في رد الفروع إلى الأصول، وليس اجتهادا في هدم الأصول بالفروع.

2- البحث ما أمكن لمعرفة علل الأحكام وأسبابها، اقتناعا مني بأن الغاية من دراسة الفقه ليست هي الإحاطة بمسائله وفروعه، بقدر ما هي التمكن من معرفة حكمه وأسراره، وتكوين ملكة فقهية قادرة على فهم ما جد من مسائله ونوازله، فإنه إذا عرفت علة الحكم في مسألة واحدة، سهلت معرفة الحكم في العشرات والمآت من مثيلاتها ونظائرها، تطبيقا لقاعدة : الحكم يدور مع العلة وجودا وعدما، وأخذا بمقولة عمر بن الخطاب لأبي موسى رضي الله عنهما في رسالته المشهورة : اعرف الأمثال والأشباه، ثم قس الأمور عند ذلك[1].

ومن هنا قال ابن السبكي : إن المرء إذا لم يعرف علم الخلاف والمأخذ، لا يكون فقيها إلى أن يلج الجمل في سم الخياط.

---

[1]- انظر : سنن الدارقطني 206/4.

3- العمل على تتبع المذاهب الفقهية وفروعها، مع التركيز على مذهب مالك المعمول به في بلادنا، والاعتناء بعرض حجج تلك المذاهب وأدلتها المعروفة، وإضافة ما تمكن إضافته لها، مما لم يذكروه أو لم يقدر لي الاطلاع عليه، ثم مناقشتها بقصد تحقيق أغراض متعددة.

- معرفة الراجح من المرجوح، والقوي من الضعيف، من خلال الأدلة، بعيدا عن التأثر بأسماء الأشخاص والرجال، ومكانتهم داخل المذهب أو خارجه.

- الرجاء في العثور على ما يمكن أن يوجد بين هذه الأقوال من نظريات، وآراء تساهم في حل بعض المشاكل الفقهية الراهنة أو المستقبلية، تغني عن البحث في حلها، وتسمح بالتفرغ لغيرها.

وقد قسمت بحثي هذا إلى مقدمة، وثمانية فصول، وخاتمة.

تناولت في المقدمة تاريخ الوصية وتطورها قبل ظهور الإسلام وبعد مجيئه، وخصصت الفصل الأول لتعريف الوصية ومشروعيتها، وحكمتها وفضلها، وحكمها، والفرق بينها وبين غيرها، مما يلتبس بها أو يشابهها.

وفي الفصل الثاني تناولت أركان الوصية، وبينت فيه شروط الموصي، والموصى له، والموصى به، والصيغة، كما تناولت في الفصل الثالث أنواع الوصايا، تحدثت فيه عن الوصية المطلقة والمعلقة، والوصية بالأعيان والمنافع، والمرتبات والتصرفات، والعبادات، وغير ذلك مما يدخل تحت مفهوم الموصى به.

في حين خصصت الفصل الرابع لتعدد الوصايا لشخص واحد أو عدة أشخاص، وما يترتب على ذلك من إلغاء بعض الوصايا، وتقديم بعضها على بعض، أو المحاصة بينها، كما خصصت الفصل الخامس لوسائل إثبات الوصية، وكرست الفصل السادس للرجوع عن الوصية ومبطلاتها، تناولت فيه حكم الرجوع في الوصية، وحكمته وشروطه، وما يعد رجوعا وما ليس برجوع، كما بينت فيه ما تبطل به الوصايا، من أسباب ترجع إلى الموصي أو الموصى به، وفي الفصل السابع، تناولت تنفيذ الوصية، وتحدثت فيه عن حكمه ووقته، ومكانه ومن يتولاه، والأموال التي تخرج منها الوصية.

وخصصت الفصل الثامن للوصية الحكمية، تحدثت فيه عن تصرفات المريض ومن هو في حكمه، مثل المرأة الحامل، والمحبوس للقتل ونحو ذلك.

محمد بن محمد بن قاسم التاويل

مقدمة في نشأة الوصية وتطورها

ليس في القرآن الكريم، ولا السنة النبوية الشريفة، ما يساعد على معرفة موقف الشرائع السابقة من الوصايا المالية، رغم ما جاء فيهما من قصص كثير عن الأنبياء، والمرسلين الأولين، وأخبار الأمم الماضية، وما حكاه الله عن وصايا لقمان، وابراهيم ويعقوب عليهما السلام.

مما حمل الفقهاء المسلمين على القول : إن الوصية من خصائص هذه الأمة، حباها الله بها، كما حباها بخصائص أخرى، تشريفا لها على من سبقها من الأمم قبلها[1]، وربما فهموا ذلك من حديث : إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في أعمالكم[2] .رغم ما فيه من ضعف في السند، وخفاء في الدلالة على المراد، ورغم ما حفظه التاريخ من وصايا قبل مجيء الإسلام.

في حين يرى عدد من الباحثين أن الوصية قديمة ضاربة في القدم، عرفها البابليون، وقدماء المصريين. كما عرفها اليهود الأقدمون، والرومان من بعدهم، والعرب في جاهليتهم قبل مجيء الإسلام إليهم،[3] ومن أشهر وصاياهم وصية نزار بن معد بن عدنان، إذ أوصى لابنه مضر بالحمراء، ولابنه ربيعة بالفرس، ولابنه أنمار بالحمار، ولابنه أياد بالخادم، وجعل القسمة في ذلك للأفعى الجرهمي. [4] وقد مرت الوصية بمراحل متعددة، وأطوار مختلفة، قبل مجيء الإسلام، فقد عرفت في مراحلها الأولى، على عهد البابليين والمصريين، حرية واسعة في المقدار والمصرف، وأخذت صفة الحق المطلق، يتمتع به من له حق الملكية في تلك المجتمعات، وكان باستطاعة المالك أن يوصي بما شاء من أملاكه لمن شاء، كان بإمكانه أن يحرم ورثته وأهله من جميع ثروته، ويوصي بها لغيرهم. واستمر الأمر على ذلك على عهد اليهود والرومان، إلى أن جاءت شريعة (فالسيذيا)،

---

[1]- انظر شرح التاودي على تحفة ابن عاصم وحاشية الوزاني عليه، ج 3، كراسة 45، ص : 1، طبعة فاسية.

[2]- رواه الدارقطني وأحمد والبيهقي وآخرون، انظر نيل الأوطار للشوكاني 38/6، طبعة دار الكتب العلمية.

[3]- انظر الوصية الواجبة في الإسلام لمؤلفه هشام قبلان، ص : 25 وما بعدها، مكتبة الفكر الجامعي لبنان.

[4]- التحرير والتنوير لمؤلفه الطاهر بن عاشور، 2/148-149، طبعة الدار التونسية للنشر.

40 ق فحدت من هذه الحرية، وأدخلت على الوصية بعض القيود، وحددتها في ثلاثة أرباع التركة، واحتفظت بالربع للورثة[1].

وبقى المجتمع العربي الجاهلي على جاهليته، لا يعرف للوصية حدودا في مصرفها ولا قدرها، ربما يوصي الواحد منهم للأباعد ويدع أقاربه، حبا في الشهرة تارة، وكراهية لأقاربه تارة أخرى، إلى أن جاء الإسلام فجعل الوصية حقا من حقوق الميت في ماله بعد موته، في حدود الثلث لغير وارث، والباقي لورثته كما جاء في حديث : الثلث والثلث كثير أو كبير،[2] وحديث : إن الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث[3] فنظم قدرها ومصرفها، ووضع بذلك حدا لفوضى الحرية التي عرفتها الوصية، وقضى بذلك على الحيف والظلم اللذين عاش فيهما الورثة والأقارب دهورا طويلة قبل مجيء الإسلام، وكانت أول وصية في الإسلام وصية البراء بن معرور رضي الله عنه، أوصى لرسول الله صلى الله عليه وسلم بثلث ماله، وكان ذلك قبل الهجرة بشهر، فقبلها الرسول صلى الله عليه وسلم وردها على ورثته[4]. ونزلت بعد ذلك آية الوصية من سورة البقرة : **﴿كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا، الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف، حقا على المتقين﴾**[5]، ثم نسخ ذلك بآية المواريث، كما يأتي تحقيقه إن شاء الله.

وبعد هذا يمكن القول : إن الخوض في نشأة الوصية وتطورها قبل مجيء الإسلام، بالإضافة إلى ما يلفه من الغموض، وما يحيط به من الجهالة، ليس بالشيء الضروري، ولا بالعمل المفيد. ما دام الإسلام ناسخا لكل ما سواه، ومهيمنا على ما عداه، وقد رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم في يد عمر صحيفة من صحف التوراة، فغضب وقال : أمتهوكون فيها يا بن الخطاب، والذي نفسي بيده، لو أن موسى حي ما وسعه إلا أن يتبعني[6].

1- الوصية الواجبة في الإسلام، ص : 27.

2- رواه البخاري انظر فتح الباري للحافظ ابن حجر العسقلاني 369/5 طبعة دار الفكر.

3- رواه الخمسة : نيل الأوطار 40/6، وانظر النسائي 247/5، والترمذي 293/3-294، والدارقطني 152/4-30.

4- الفتح 310/5.

5- الآية 180 سورة البقرة.

6- رواه أحمد وابن ماجة.

فهـذا ونحـوه يجعل البحث في تاريخ الوصية قبل الإسلام، وتاريخ تطورها وتطور غيرها من أبواب الفقه الإسلامي، قليل الجدوى، ضعيف الفائدة أو عديمهما، ولكنه منهج مستحدث، وتقليد متبع، ربما ساعد على وضوح الرؤيا، واكتشاف أو إبراز سمو الإسلام، ومحاسن شريعته، فإنه كما قيل : بضدها تتميز الأشياء.

الفصــل الأول :
في تعريف الوصية ومشروعيتها وحكمتها وفضلها وحكمها

نتـناول في هـذا الفصـل تعريف الوصية، والفرق بينها وبين غيرها من التصرفات التي تشبهها، كما نتناول فيه مشروعيتها وحكمتها، وفضلها، وحكمها.

ونقسـمه إلـى مباحـث، نخصـص المبحـث الأول لتعريفها لغة، وشرعا، وقانونا، ونخصـص المبحث الثاني للفرق بينها وبين الوعد، والإقرار، والعطايا المبتلة، والإرث، وفي المبحـث الثالـث نتـناول مشـروعيتها، وحكمـتها، وفضـلها، ونختـم الفصل بالحديث عن حكمها، وهو المبحث الرابع من مباحثه.

المبحث الأول :

في تعريف الوصية.

ونقسمه إلى ثلاثة مطالب، الأول في تعريفها لغة، والثاني في تعريفها شرعا واصطلاحا، والثالث في تعريفها قانونا.

المطلب الأول :

الوصية لغة

الوصية أصلها وصيية بياءين، أدغمت الياء في الياء، فصارت وصية وتجمع على وصايا، كعطية وعطايا، ومطية ومطايا.

وهي في الأصل مصدر سماعي، كالقطيعة والنميمة، والفعل منها وصى يصي، مثل وعي يعي، أو اسم مصدر لأوصى يوصي، كعطية وهدية من أعطى وأهدى، لتضمنه معنى الفعل دون حروفه.

وتطلق على الشيء الموصى به، فتكون فعيلة بمعنى مفعول كنطيحة وذبيحة .

ومن مجيئها مصدرا أو اسم مصدر قوله تعالى : ﴿ **وصية من الله والله عليم حليم**﴾[1].

وقوله : ﴿**كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا، الوصية للوالدين والاقربين بالمعروف**﴾[2].

أي فرض عليكم أن توصوا، لأن الأحكام الشرعية لا تتعلق بالذوات، وإنما تتعلق بالأفعال.

1- من الآية 12 سورة النساء.

2- من الآية 180 سورة البقرة.

ولذا يقول الأصوليون : لا تكليف إلا بفعل[1].

ومثله قوله تعالى : ﴿**شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم**﴾[2]. فالوصية هنا بمعنى الإيصاء، لأن الإشهاد المطلوب إنما يكون على الإيصاء وعند وقوعه.

ومن استعمالها بمعنى المفعول أي الموصى به، قوله تعالى : ﴿**من بعد وصية يوصي بها أو دين**﴾[3] أي من بعد إخراج الموصى به، وليس المراد من بعد الإيصاء لأن الإرث لا يكون عقب الإيصاء، ويحتمل من بعد تنفيذ وصية فتكون الوصية بمعناها المصدري.

وهي لفظ مشترك بين عدة معان :

ترد بمعنى الإيصال، يقال وصيت الشيء بالشيء إذا وصلته به، ومنه قولهم : أرض واصية : أي متصلة النبات، وبمعنى الأمر، والفعل منه وصى مشددا، وأوصى مثل قوله تعالى : ﴿**ولقد وصينا الذين أوتوا الكتاب من قبلكم وإياكم أن اتقوا الله**﴾[4]، وقوله تعالى : ﴿**وأوصاني بالصلاة والزكاة**﴾ [5]وقوله : ﴿**يوصيكم الله في أولادكم**﴾ [6].

كما ترد بمعنى الاستعطاف، يقال أوصيته بولده إذا استعطفته عليه، ومنه حديث استوصوا بالنساء خيرا[7].

1- انظر جمع الجوامع بشرح المحلي 102/1.
2- من الآية 106 سورة المائدة.
3- من الآية 11 سورة النساء.
4- من الآية 131 سورة النساء.
5- من الآية 31 سورة مريم.
6- من الآية 11 سورة النساء.
7- جزء من حديث رواه البخاري ومسلم، نيل الأوطار 205/6، الفتح 253/3.

وبمعنى الإعطاء يقال : وصيت إلى فلان وأوصيت إليه بكذا إذا جعلته له. ومنه قوله تعالى : ﴿فمن خاف من موص جنفا او إثما فأصلح بينهم فلا إثم عليه﴾[1] قرئ مشددا من وصى، ومخففا من أوصى.

المطلب الثاني :

في الوصية شرعا واصطلاحا

الوصية في الشرع أخص منها في اللغة، وأعم منها عند الفقهاء، كما أنها عند الفقهاء أعم منها عند الفرضيين، ومن هنا اختلفت تعاريف العلماء لها، باعتبار المنظور الشرعي العام، والاصطلاح الفقهي، والفرضي الخاصين.

وهكذا عرفها القرطبي بأنها عبارة عن كل شيء يومر بفعله، ويعهد به في الحياة وبعد الموت، وخصصها العرف بما يعهد بفعله وتنفيذه بعد الموت[2].

وعرفها ابن حجر بقوله : هي عهد خاص مضاف إلى ما بعد الموت[3].

أما الفقهاء فعرفها المالكية بعدة تعاريف.

1- من الآية 181 سورة النساء.

2- 173/2 الجامع لأحكام القرآن للإمام القرطبي دار الكتاب العلمية، بيروت- لبنان.

3- 355/5 فتح الباري للحافظ ابن حجر العسقلاني.

عـرفها ابن عرفة بقوله : الوصية في عرف الفقهاء لا الفراض : عقد يوجب حقا في ثلث عاقده، يلزم بموته، أو نيابة عنه بعده[1].

وعرفها ابن رشد الحفيد بقوله : هي هبة الرجل ماله لشخص آخر، أو لأشخاص بعد موته، أو عتق غلامه[2].

وعرفها التاودي بأنها عدة بمال، يوخذ من ثلث المعطي بعد موته[3].

وعرفها الحنفية بعدة تعاريف أيضا.

عـرفها الكـرخي بأنهـا مـا أوجبه الموصي في ماله تطوعا بعد موته، أو في مرضه الذي مات فيه[4].

وعرفها غيره بأنها تمليك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع[5]. وبه عرفها صاحب الشامل من المالكية أيضا.

كمـا عرفها بعض آخر منهم بنفس التعريف مكتفيا منه بقوله : تمليك مضاف لما بعد الموت[6] مستغنيا عن زيادة بطريق التبرع، لما سيأتي توجيهه.

وعـرفها الشـافعية بأنهـا تـبرع بحـق مضاف إلى ما بعد الموت، ليس بتدبير، ولا تعليق عتق بصفة[7].

وعرفها الحنابلة بتعريفين، أحدهما لوصية النظر، والآخر للوصية بالمال.

فقالوا في الأولى : هي الأمر بالتصرف بعد الموت، وقالوا في الثانية : هي التبرع بالمال بعد الموت[8].

1- انظر ص 749 شرح حدود ابن عرفة للرصاع، طبعة وزارة الأوقاف المغربية.

2- انظر 336/2 بداية المجتهد ونهاية المقتصد للإمام ابن رشد الحفيد، طبعة دار المعرفة-بيروت.

3- حلي المعاصم لبنت فكر ابن عاصم للإمام أبي عبد الله محمد التاودي، توزيع دار الفكر 284/2.

4- بدائع الصنائع للإمام علاء الدين الكاساني الحنفي، نشر دار الكتاب العربي 333/7.

5- الفتاوي الهندية تأليف الشيخ نظام وجماعة دار إحياء التراث العربي لبنان 90/6.

6- الفتاوي الهندية تأليف الشيخ نظام وجماعة دار إحياء التراث العربي لبنان 90/6.

7- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج لمؤلفه شمس الدين الرملي، دار إحياء التراث العربي6/ .

8- المغني لابن قدامة المقدسي تعليق محمد رشيد رضا، إصدار دار المنار، ط 1367 هـ 1/6-135.

ونقل الزحيلي عن بعض الفقهاء تعريفها بأنها الأمر بالتصرف بعد الموت، والتبرع بمال بعد الموت[1].

وقبل مناقشة هذه التعاريف، والمقارنة بينها نفضل العودة إليها، لشرحها وتحليلها أولا.

ونبدأ بتعريف ابن عرفة القائل : الوصية عقد يوجب حقا في ثلث عاقده، يلزم بموته، أو نيابة عنه بعده.

فإن قوله عقد صريح في أن الوصية عقد يعقده الإنسان على نفسه، ويلتزمه، وليست مجرد وعد.

وهو جنس في التعريف يشمل الوصية وغيرها من العقود، على قاعدة الأجناس، فإنه يوتى بها للإدخال، لا للإخراج كما يقولون.

ويخرج عن هذا الوعد بالوصية، والهم بها، فإنهما لا يعتبران وصية[2].

وقوله يوجب حقا في ثلث عاقده يخرج به :

1- العقود التي توجب حقا في رأس المال، مثل البيع والهبة، وغير ذلك.

2- العقود التي لا توجب شيئا في مال عاقدها، مثل تبرع الزوجة بأكثر من ثلثها، فإنه عقد لا يوجب شيئا في ثلثها عند المالكية، لأن الزوج له رد الجميع.

وأخرج بقوله : يلزم بموته هبة الزوجة وتبرعها بثلث مالها، وهبة الإنسان ثلث ماله لغيره في حياته، فلا يسمى ذلك وصية، لأنها تلزم بمجرد العقد، ولا تتوقف على موت العاقد، بخلاف الوصية فإنها إنما تلزم بالموت.

وقوله : أو نيابة عنه، هذا معطوف على قوله : حقا. وجاء بحرف أو العاطفة المفيدة للتنويع، ليفيد أن الوصية عند الفقهاء نوعان : وصية بالمال، وهي التي توجب حقا في ثلث العاقد بموته، ووصية بالنظر وهي التي توجب نيابة عن عاقدها بعد موته.

---

[1]- الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحلي، طبعة دار الفكر بدون تاريخ 9/8.
[2]- انظر المعيار لأبي العباس أحمد الونشريسي، نشر وزارة الأوقاف المغربية، ط 1981م، ج 377/9.

وهذا اصطلاح الفقهاء المالكية.

واحترز بقوله نيابة بعد موته عما يوجب نيابة عنه في حياته، فهي وكالة، وليست وصية.

نكتفي بهذا القدر في انتظار العودة إليه لمناقشته، وننتقل إلى تعريف الحنفية.

أما تعريف ابن رشد والتاودي فإن وضوح عبارتهما تغني عن شرحهما، ويحتاجان إلى بعض المناقشة فقط، عكس تعريف الحنفية، فإنه في حاجة إلى مزيد من المناقشة والتحليل، نبدأ بتحليله أولا، فقوله تمليك هي عبارة تشمل كل أنواع التمليك: تمليك الأعيان والمنافع، والتمليك بعوض وبدونه، والتمليك الناجز، والمضاف لأجل، أو لما بعد الموت.

ولذلك احتاج إلى زيادة : مضاف إلى ما بعد الموت...

ومعنى إضافته لما بعد الموت أن أثره متوقف على الموت، فلا ينتقل ملك الموصى به إلى الموصى له إلا بعد موت الموصي.

وأخرج بهذه الزيادة :

1- العقود المفيدة للتمليك الناجز في الحياة، مثل الهبة والبيع، وما شابه ذلك.

2- العقود المفيدة للتمليك المضاف لغير الموت، كالإجارة المؤجلة، مثل أن يكري أرضه في سنة تسعين لمن يزرعها سنة واحد وتسعين.

واحترز بقوله بطريق التبرع عن الإقرار بالدين لأجنبي، فإنه تمليك للدين بعد الموت، إلا أنه ليس بطريق التبرع، فاحتيج لإخراجه بزيادة بطريق التبرع.

ننتقل بعد هذا إلى تحليل تعريف الشافعية الذي يقول : الوصية تبرع بحق مضاف إلى ما بعد الموت، ليس بتدبير ولا تعليق عتق على صفة.

فإن لفظ التبرع فيه أخص من لفظ التمليك في تعريف الحنفية الشامل للتمليك بعوض، وبغير عوض، ولذلك احتاج هؤلاء لزيادة بطريق التبرع، بخلاف تعريف الشافعية، فإنه استعمل في التعريف الجنس القريب للوصية، وهو التبرع، فخرج عنه التمليك بطريق المعاوضة، من بيع وإجارة وتصيير، وغير ذلك من المعاوضات. وبقي داخلا في التعريف

جميع التبرعات، من هبة وصدقة، ووقف وعارية، وغير ذلك. فاحتيج لإخراج ما عدا الوصية، فزيد في التعريف كلمة مضاف لما بعد الموت، فخرج التبرع الناجز في الحياة، من هبة وصدقة وغيرهما، وبقي التدبير، وتعليق العتق بصفة، فزيد في التعريف ليس بتدبير، ولا تعليق عتق بصفة، وبذلك يخرج التدبير، والعتق المعلق على صفة من التعريف، وتبقى الوصية صاحبة التعريف والمعنية به وحدها.

والتدبير هو تعليق عتق العبد على موت سيده، وتعليق العتق على صفة هو تعليق عتق العبد على صفة غير موت سيده كأن يقول له : إن فعلت كذا فأنت حر بعد موتي.

ولاختفاء الرق نعرض عن الفرق بين هذه الثلاثة : الوصية، والتدبير، والعتق المعلق على صفة، ولماذا لا يعتبر هذان الأخيران من الوصية، وإن كانا مضافين لما بعد الموت.

كما أنه لنفس السبب ينبغي الاقتصار في التعريف على الجزء الأول منه الذي يقول : تبرع بحق مضاف إلى ما بعد الموت.

ويدخل في هذا التعريف الوصية بالأعيان والمنافع، وبالإبراء من الدين، وتأجيل الدين الحال، وإبراء الكفيل من الكفالة، وغير ذلك من الحقوق القابلة للنقل، للإطلاق في لفظ الحق في التعريف فيشمل جميع الحقوق.

والحنابلة وإن اقتربوا من الشافعية في تعريفهم الوصية بأنها تبرع بالمال بعد الموت، إلا أن استعمال لفظ المال ضيق من مجال تعريفهم، فلم يعد شاملا إلا للوصايا بالمال، من أعيان ومنافع وديون، ولا يشمل الوصية بغير المال، مثل تأجيل الدين الحال، وإبراء الكفيل من الكفالة إلا بتكلف.

وأوسع هذه التعاريف تعريف القرطبي في شقه الأول، الذي يقول : الوصية عبارة عن كل شيء يؤمر بفعله، ويعهد بفعله في الحياة وبعد الموت، لشموله لكل ما يعهد بفعله في الحياة وبعد الموت، من عقود، وتصرفات، وأفعال مشروعة، وغير مشروعة، وهذا

التعريف أوفق بالمعنى اللغوي الذي هو أوسع المعاني للوصية، وقريب منه قول الراغب : الوصية التقدم إلى الغير بما يعمل به مقترنا بوعظ[1].

ويليه في الشمول تعريفه في شقه الثاني : ما يعهد بفعله وتنفيذه بعد الموت، ومثله تعريف ابن حجر : عهد خاص مضاف إلى ما بعد الموت، فإنهما يشملان الوصية بالمال، والوصية بالنظر، وغيرهما من أنواع الوصايا التي ليست بمال ولا نظر، مثل الوصية بأن يدفن بموضع كذا، أو بجوار فلان، أو أن يصلي عليه فلان، أو أن يناح عليه، أو يتزوج ابنه فلانة بنت فلان، أو تزوج بنته لفلان، ونحو ذلك. فهذه كلها عهود مضافة لما بعد الموت يشملها التعريفان، ولا يشملان ما يعهد بفعله في الحياة. فالوصية على هذا تختص بما يعد بفعله بعد الموت، وهذا هو معناها الشرعي كما أفصح بذلك ابن حجر حين قال : الوصية في الشرع : عهد خاص... وهو ما عناه القرطبي بقوله : وخصصها العرف بما يعهد بفعله... فالمقصود بالعرف الشرعي، الذي هو أعم من الاصطلاح الفقهي، أو العرف الخاص.

ويقترب من هذين التعريفين في العموم، واتساع دائرة مفهوم الوصية، تعريف ابن عرفة، وما نقله الزحيلي عن بعض الفقهاء، فإنهما معا يشملان الوصية المالية، والوصية بالنظر.

والتعريفان جاريان على مذهب الفقهاء من شمول الوصية للنوعين.

وأما تعاريف ابن رشد والتاودي، وتعاريف الحنفية والشافعية، والحنابلة، فهي تعاريف خاصة بالوصية المالية، ولا تشمل الوصية بالنظر.

وهي تعاريف جارية عل مذهب الفرضيين، ولا توافق مذهب الفقهاء، بحسب اصطلاح الفقهاء المالكية.

1- المفردات في غريب القرآن للراغب الأصفهاني نشر دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت ص 525.

قال الرصاع : الوصية عند الفقهاء أخص من اللغة، وأعم من الوصية عند الفراض، لأنها عندهم –الفراض- خاصة بما يوجب الحق في الثلث، وعند الفقهاء أعم من ذلك ومن النيابة عن الموصي بعد الموت[1].

ولم يوافق الشافعية والحنفية على هذا الاصطلاح، وإطلاق الوصية على الوصية بالمال، والوصية بالنظر، واصطلحوا على تخصيص لفظ الوصية بالوصية المالية، وأطلقوا لفظ الوصاية على الوصية بالنظر[2].

وبقطع النظر عن تفاوت هذه التعاريف في اتساع دائرة بعضها، وضيق بعضها الآخر، فإنها تتفق في شيئين أو أمرين أولا اعتبار الوصية عقدا، سواء الذين عبروا عنها بالعقد، كابن عرفة، أو الذين عبروا عنها بالهبة، أو التمليك أو التبرع أو العهد، لأن هذه عقود أيضا، اختلفت أسماؤها باختلاف طبيعتها.

وشذ عن هؤلاء الشيخ التاودي فسماها عدة، لا عقدا، في إشارة إلى الرد على من اعتبرها عقدا، نظرا منه إلى :

1- أن العقود من خصائصها اللزوم، وامتناع الرجوع فيها، والوصية بخلاف ذلك فيهما.

2- أن العقد يتوقف على إيجاب وقبول، والوصية تنعقد بالإيجاب فقط.

وهذا الاتجاه الذي سلكه التاودي في اعتبار الوصية وعدا لا عقدا، سبقه إليه ابن رشد، وابن حزم، وابن الضابط، وأصله في المدونة[3].

ورغم وجاهة هذا الاتجاه نظرا، وسندا فإن حواشيه انتقدوه، وصوبوا اتجاه ابن عرفة ومن وافقه في اعتبارها عقدا، مبرزين الفرق بين الوعد والوصية، وأنه لا يصح اعتبارها وعدا كما يأتي[4].

1- انظر الرصاع ص : 749.

2- انظر نهاية المحتاج 39/6.

3- راجع المحلى لابن حزم 342/9، والمعيار 351/9، والرهوني 193/8.

4- انظر حاشية المهدي الوزاني 3/ كراسة 44 ص : 8.

وثانيا اشتراكها جميعا في توجه النقد إليها، والاعتراض عليها، وإن تفاوتت في ذلك كثرة وقلة، وصحة وبطلانا، كما يتضح من المناقشة التالية :

فتعريف ابن عرفة يرد عليه :

أولا- أنه غير مانع، ولا جامع، وذلك من أقبح عيوب التعاريف، لما يترتب على ذلك من خلط، والتباس في حقائق الأشياء، وتصورها، فيرى ما ليس بوصية وصية والعكس، أي يرى ما هو وصية ليس وصية، ويتبع ذلك خطأ في الفهم والأحكام.

- أما كونه غير مانع فلشموله للتدبير، فإنه عقد يوجب حقا في ثلث عاقده يلزم بموته، فيدخل في تعريف الوصية وليس منها[1].

- وأما كونه غير جامع فلأنه لا يشمل كثيرا من الوصايا، منها :

أ- الوصية التي التزم فيها الموصي عدم الرجوع، فإنها تلزم عند ابن عرفة ومن وافقه بالعقد. ولا تتوقف على موت عاقدها، فتخرج بقوله يلزم بموته، لأن معناه لا تلزم إلا بموته للقاعدة : أن القيود في التعاريف تفيد الحصر.

ب- الوصية بالدين، لأنها تلزم بمجرد الإيصاء به، ولا تتوقف على موت الموصي أيضا[2].

ج- الوصية لمعين، فإنها لا تلتزم إلا بقبوله، كما قال في التلقين : وتجب الوصية بموت الموصي وقبول الموصى له بعد[3]، سواء قيل : إن القبول ركن، أو شرط، في حين ظاهر قوله يلزم بموته أنها تلزم بمجرد الموت، فتخرج هذه الوصية، وتبقى الوصية لغير معين أو لمن لا يتأتى منه القبول، للزومها بمجرد الموت.

ثانيا- اعتباره الوصية عقدا مع أنها في نشأتها لا تتوقف على إرادتين، وإنما على إرادة الموصي وحده[4]، إلا أن هذه الاعتراضات مردودة.

1- راجع حاشية بناني على الزرقاني 157/8.

2- انظر كنون علي الرهوني 226/8.

3- راجع التلقين للقاضي عبد الوهاب البغدادي ص 168، طبعة وزارة الأوقاف المغربية.

4- علم الفرائض للدكتور بلعقيد ص 235.

أما الأول المتمثل في دخول التدبير في التعريف فإن الصواب عدم شمول التعريف له، لأنه يلزم بمجرد إنشائه وعقده، لا بموت عاقده، ولذلك لا رجوع فيه[1].

وأما الاعتراض بخروج الوصية الملتزم فيها بعدم الرجوع فالجواب عنه من وجهين[2] :

1- أن الأصل في الوصية عدم اللزوم إلا بالموت، ولزومها في تلك الحالة لأمر عارض لها، وهو التزام الموصي عدم الرجوع، فهو كعقد ثان طارئ على الوصية، صيرها لازمة. والتعريف موضوع للماهية من حيث هي بقطع النظر عن العوارض التي يمكن أن تطرأ عليها.

2- أن الوصية المذكورة مختلف في لزومها، والتعريف موضوع لما هو أعم من الوصية المتفق عليها، والمختلف فيها، أو بعبارة أخرى، التعريف موضوع للوصية المجردة عن انضمام أمر آخر إليها.

كما أنه يمكن القول : إنه لا مجال لهذا الاعتراض بعدما أصبح المعمول به عدم لزوم هذه الوصية، وصحة الرجوع فيها وإن التزم عدم الرجوع.

وأما الاعتراض على اعتبار الوصية عقدا فهو غفلة عن اصطلاح الفقهاء، فإن العقد في الشريعة يطلق على ما أنشئ بإرادة واحدة، وعلى ما أنشئ بإرادتين. ومن الأول قوله تعالى : ﴿ **ولكن يواخذكم بما عقدتم الأيمان**﴾[3]، ومن الثاني قوله تعالى : ﴿ **ولا تعزموا عقدة النكاح**﴾[4]، ويشمل النوعين قوله تعالى : ﴿**أوفوا بالعقود**﴾[5]، ولهذا قسم الفقهاء العقد إلى قسمين[6].

1- راجع بناني 175/8.

2- انظر حاشية كنون علي الرهوني 226/8.

3- من الآية 89 سورة المائدة.

4- من الآية 235 سورة البقرة.

5- من الآية 4 سورة المائدة.

6- راجع جامع الأحكام للقرطبي 23/6.

وبهذا يتبين أنه لا حاجة لما ذكره بعض المتأخرين من أن الفقهاء نظروا إلى مآل الوصية فسموها عقدا[1]، على أن هذا لا يصح أيضا لأن من الوصايا ما لا يحتاج إلى قبول أصلا ، لا ابتداء، ولا بعد الموت، كالوصايا للفقراء، ومن لا يتأتى منه القبول.

كما أن الاعتراض بخروج الوصية بالدين من التعريف، هو اعتراض في غير محله، لأن الوصية بالدين هي إقرار، وليست وصية، وإطلاق لفظ الوصية عليها مجاز، فيجب إخراجها من تعريف الوصية. ولهذا إذا أقر المدين بالدين فإنه يلزمه بمجرد إقراره، ويخرج من رأس المال، ولا يتوقف على موت الموصي، لأنه إقرار فيعطى حكمه، لا حكم الوصية[2].

وأما تعريف ابن رشد الذي يقول : الوصية هبة الرجل ماله لشخص آخر، أو لأشخاص بعد موته، أو عتق غلامه، فإنه تعريف واضح قصوره، وأنه غير جامع لأنواع كثيرة من الوصايا، مع تعذر الإجابة عنها، وبذلك يبقى تعريفا ناقصا : غير جامع. لا يشمل الوصايا التالية :

1- الوصية بالمنافع، لأنه جعل الوصية هبة، والهبة تمليك الرقبة بلا عوض، وبذلك تخرج الوصية بالمنافع.

2- الوصية ببيع شيء أو شرائه إذا لم يعين المبيع له، والمشتري منه، لأنه لا هبة في ذلك.

3- الوصية بالحقوق الواجبة من زكاة وكفارة ونحو ذلك، لأنها واجبة وليست بهبة، لأن الهبة تبرع.

4- وصية المرأة والصغير، لقوله في التعريف : هبة الرجل، والرجل هو الذكر البالغ من بني آدم، فلا يشمل المرأة والصغير.

5- الوصية لجهة البر مثل الوصية للمسجد والمدرسة والمستشفى، لقوله في التعريف : شخص أو أشخاص.

1- علم الفرائض، للدكتور بلعقيد 231.
2- كنوز في الاختصار 226/8.

6- وأخيرا لا يشمل وصية النظر، إلا أن هذا يمكن الاعتذار عنه بأنه مشى على اصطلاح الفرضيين.

كما أن تعريف التاودي وجه إليه انتقادان : الأول أنه لا يشمل الوصية بالنظر، والثاني اعتباره الوصية عدة على خلاف ما عليه الجمهور من اعتبارها عقدا.

والجواب عن الأول أنه مشى على مذهب الفرضيين، وعذره في ذلك أنه ذكر التعريف كتمهيد لشرح فصل الوصية من تحفة ابن عاصم الذي خصصه للوصية بالمال.

والجواب عن الثاني ما قدمناه سابقا، من وجود سلف قوي له في ذلك الاتجاه المتمثل في المدونة، وابن رشد، وابن حزم وغيرهم، وبذلك تبطل دعوى الإجماع التي حكاها صاحب التوضيح عن غير واحد على أن الوصية عقد جائز حسبما نقله عنه الوزاني[1]. إلا أنه قد يكون الإجماع المنقول عن الأئمة منصبا على جواز عقد الوصية وعدم لزومه، وصحة الرجوع فيه، وليس منصبا على اعتبار الوصية عقدا خاصة وقد قال كثيرون : إن الوصية ليست عقدا، فكيف يدعي الإجماع في محل الخلاف القوي.

أما تعاريف الحنفية فلم تسلم بدورها من الانتقادات.

فتعريف الكرخي الذي يقول : الوصية هي ما أوجبه الموصي في ماله، تطوعا بعد موته، أو في مرضه الذي مات فيه، انتقده الكاساني من وجوه[2].

1- أنه غير جامع، لا يتناول الوصية بالقرب الواجبة التي تسقط بالموت، كالحج والكفارات والزكاة.

2- أنه غير مانع لشموله للتبرعات الناجزة في المرض، واعتبارها وصية لا يصح، لأن حكم الوصية يتأخر إلى ما بعد الموت، والتبرعات الناجزة في المرض تنفذ في الحال قبل الموت، وإن كانت محدودة بالثلث كالوصية، إلا أن ذلك لا يجعلها وصية. فإدخالها في تعريفها، واعتبارها قسما من الوصية الحقيقية غير صحيح.

---

[1]- انظر حاشية الوزاني على التاودي، ج 3، كراسة 45، ص 8، طبعة فاسية.
[2]- بدائع الصنائع 33/7.

3- استعمال لفظة أو في التعريف تفيد التقسيم، وهو ممتنع في الحدود والتعاريف.

إلا أن هذا الاعتراض الأخير يرده أن الصحيح عند المناطقة صحة التعاريف المشتملة على أو التي للتقسيم، وأن الحقائق والخاصيات في ذلك سواء، والممتنع هو دخول أو التي للشك أو الإبهام[1]. وأخيرا يرد عليه أنه استعمل لفظ الموصي في تعريف الوصية، وهو ممنوع عندهم في التعاريف، لما يلزم عليه من الدور، لأن معرفة الوصية متوقفة على معرفة تعريفها، فتوقفت على معرفة الموصي، لكونه جزءا من التعريف، ومعرفة الموصي متوقفة على معرفة الوصية لكونه مشتقا منها، فتوقفت معرفة كل منهما على معرفة الآخر[2].

والتعريف الثاني للحنفية الذي يقول : الوصية تمليك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع، يرد عليه أنه تعريف غير جامع ولا مانع.

غير جامع، لأنه لا يشمل الوصايا التالية :

أ- الوصايا لمن لا يتأتى منه الملك، كالمساجد والجامعات، ونحو ذلك، لأن قوله تمليك يقتضي مملكا له، وهذه الجمادات لا تملك لانتفاء شرط الملك فيها.

ب- الوصية بالإسقاطات المحضة التي لا تمليك فيها، مثل الوصية بإبراء الكافل من الكفالة.

ج- الوصية بالواجبات من زكاة وكفارة، ونحوها، لأنها لا تبرع فيها، فتخرج بقوله بطريق التبرع.

د- الوصية بالحقوق المتعلقة بالمال، وليست مالا ولا منفعة، ولا إسقاطا، كتأجيل الدين الحال، والوصية ببيع عقاره مثلا من فلان.

1- راجع ما كتبه بناني وقصارة وقدارة عند السلم : ولا يجوز في الحدود ذكرا وجائز في الرسم فادرماروا ص 110، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر ط 1-1318هـ.

2- نفس المرجع 107-108.

غير مانع لشموله :

أ- التدبير، لأن السيد يملك فيه عبده لنفسه بعد موته، فيصدق عليه أنه تمليك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع، فيدخل في تعريف الوصية وليس منها.

ب- حكم القاضي بإرث بعد موت شخص، فإنه يصدق عليه أنه تمليك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع[1].

1- أنه جعل الوصية تمليكا والتمليك يستلزم لزوم ما ملك للغير ساعة وقوعه، والوصية ليس كذلك لأنها لا لزوم فيها إلا بالموت.

2- اشتمال التعريف على حشو لا حاجة إليه، وهو قوله : بطريق التبرع، لأن المقصود من زيادتها هو إخراج الإقرار بالدين كما قيل، في حين أن الإقرار بالدين خارج بقوله تمليك، لأن المقر لا يملك المقر له شيئا، فالدين المقر به ثابت للدائن، مملوك له قبل إقرار المدين به.

ولعله لهذا أسقطها بعض الحنفية من التعريف، واكتفى بقوله تمليك مضاف لما بعد الموت، وإن كان صاحب الفتاوي الهندية لم يرتض حذفها، حين نقل هذا التعريف المختصر، وتممه بتلك الزيادة، حيث قال : الوصية تمليك مضاف لما بعد الموت، أي بطريق التبرع[2].

وأما تعريف الشافعية القائل الوصية تبرع بحق مضاف إلى ما بعد الموت ليس بتدبير ولا تعليق عتق بصفة، فعليه اعتراضان :

1- أنه من باب ما يعرف عندهم بالحد التركيبي، وهو من العيوب التي يجب تجنبها في التعاريف، وذلك أن تعريف الوصية تتوقف معرفته على معرفة تعريف التدبير والعتق على صفة، فهو تعريف متوقف على تعريفين آخرين، وهو عيب في التعاريف، لأن توقف معرفة التعريف المطلوب على معرفة تعريف آخر، ينقل الباحث والقارئ من موضوع إلى موضوع، ويبعده عن مقصوده، أو يشغله عنه، ويشتت مجهوده وفكره.

---

[1]- انظر الرصاع ص 350.

[2]- انظر الفتاوي الهندية 90/6.

2- أنه تعريف غير جامع، لأنه لا يشمل الوصية بما لا تبرع فيه كما سبق.

وتعريف الحنابلة وإن سلم من التركيب فإنه يشارك تعريف الشافعية في هذا الانتقاد الأخير بعدم شموله للوصية بما لا تبرع فيه. ويزيد عليه بخروج الوصية بما ليس بمال من الحقوق المتعلقة بالمال، مثل الوصية بتأجيل الدين الحال، إبراء الكفيل من الكفالة، لأن هذه الأشياء ليست بمال، فتخرج بقوله : هي التبرع بالمال.

بخلاف تعريف الشافعية، فإنه يشملها، لعموم الحق في قولهم، تبرع بحق، فيشمل الحق المالي وغيره من الحقوق القابلة للنقل.

وأخيرا نصل إلى تعريف بعض الفقهاء الذي نقله الزحيلي، ولم يعين صاحبه، والذي يقول فيه : الوصية هي الأمر بالتصرف بعد الموت، والتبرع بالمال بعد الموت، هكذا نقله[1].

وهو أضعف هذه التعاريف وأسوؤها، لأنه جعل الوصية مجموع الأمر بالتصرف والتبرع بالمال بعد الموت، ومن البديهي أن المركب لا يتحقق إلا بتحقق جميع أجزائه، فلا يشمل هذا التعريف إلا الوصية الجامعة بين الوصية بالمال والنظر في آن واحد، لأن العطف بالواو يفيد الجمع.

بالإضافة إلى ما فيه من التكرار الذي كان يمكنه الاستغناء عنه بالاكتفاء بأحد الظرفين، بعد الموت، ويكون من باب التنازع، أو من باب الحذف من الأوائل لدلالة الأواخر، ليكون التعريف هكذا : الوصية هي الأمر بالتصرف والتبرع بالمال بعد الموت.

ولعل الذي أوقعه في ذلك محاولة الدمج، والجمع بين تعريفين في تعريف واحد، فإن التعريف الأول للوصية بالنظر، والثاني للوصية بالمال.

لذلك فإن المتعين هنا هو العطف بأو التي تفيد التنويع والتقسيم، كما فعل ابن عرفة حين قال : عقد يوجب حقا في ثلث عاقده يلزم بموته، أو نيابة عنه بعده.

إلا أنه يمكن القول بأن الواو هنا بمعنى أو التي تفيد التقسيم، وليست لمطلق الجمع، كما في قولهم : الكلمة اسم وفعل وحرف.

---

[1]- الفقه الإسلامي وأدلته 9/8.

وهكـذا يتبين أن أوسع هذه التعاريف مجالا، بعد تعريف القرطبي وابن حجر هو هذا التعريف وتعريف ابن عرفة.

وأن أوضـحها هـي تعـاريف ابـن رشـد والـتاودي وابـن قدامـة، لظهور عبارتها ووضوحها، واستغنائها عن كل شرح وبيان.

وأن أكـثرها انـتقادا تعـاريف الحنفـية، رغم ما قاله ابن عبد السلام في التعريف الثاني لهم، من أنه أشبه ما يقال في رسمها بحسب عرف الفقهاء[1].

ويـبقى في الأخـير تعريف ابن عرفة أسلم هذه التعريفات وأحسنها، رغم ما قيل حوله من نقاش سبق رده، ولذلك تلقاه العلماء بالقبول والتسليم.

والخلاصـة أن الوصـية في الشرع هي كما قال القرطبي : ما يعهد بفعله وتنفيذه بعد الموت.

وفي اصـطلاح الفقهـاء المالكـية، عقـد يوجب حقا في ثلث عاقده يلزم بموته، أو نيابة عنه بعده.

وفي اصـطلاح الفرضـيين : هـي التـبرع بحق مضاف إلى ما بعد الموت كما قال الشافعية.

وبعـبارة أوضـح الوصـية في اصطلاح الفقه المالكي تشمل الوصية بالمال والنظر، وفي اصطلاح الفقه الشافعي والحنفي تختص بالوصية بالمال، والوصية بالنظر تسمى عندهم بالوصاية، وفي اصطلاح الفرضيين كذلك الوصية تختص بالوصية بالمال.

---

[1]- انظر الرصاع ص 749.

المطلب الثالث :

في تعريف الوصية في القانون الوضعي

تأثـرت القوانـين الوضعية العربية في تعريفها للوصية بالمذاهب الفقهية السارية في مناطق صدور تلك القوانين، فاستعارت تعاريف الفقهاء تارة، وحورتها تارة أخرى، دون أن تبتعد عن مضمونها.

وهكـذا عـرف القـانون المغـربي الوصـية في الفصـل 173 مـن مدونـة الأحـوال الشخصـية، بأنها عقد يوجب حقا في ثلث عاقده يلزم بموته، مستعيرا تعريف ابن عرفة في شـقه الأول الخـاص بالوصـية بالمـال، لأنهـا هـي الـتي اهتم القانون بتنظيمها في الكتاب الخـامس، المعقـود للوصـية، متأثرا بمذهب الفراض، وأغفل تعريف الوصاية كما يسميها الشـافعية والحنفـية، أو الوصـية بالـنظر كما يسميها المالكية، مكتفيا في الفصل 151 من الكـتاب الـرابع بالإشـارة إلـى إبـراز حـق الأب في إقامة وصي لولده القاصر أو الحمل، وحقـه في الـرجوع عـن إيصائه، ووجوب عرض الوصاية على القاضي بمجرد وفاة الأب، لتثبيـتها، وكـان مـن المستحسـن تعريف الوصاية أولا، قبل الحديث عن إنشائها ومن له الحق فيها، وكيفية تثبيتها، لأن الحكم على الشيء فرع تصوره كما يقولون.

وعـرف القـانون المصـري في مادتـه الأولى من قانون الوصية رقم 71 سنة 1946، بأنهـا تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت، وتبعه في ذلك القانون السوري في المادة 208، من قانون الأحوال الشخصية، متأثرين في ذلك بالفقه الحنفي، مستبدلين كلمة تمليك في تعـريف الحنفـية، بكـلمة تصـرف، تجنبا للانتقادات التي وجهت للتعرف الحنفي المشار إلـيها سـابقا، والـتي مـن بينها القصور، وعدم الشمول، أو ما يعرف في الاصطلا ح غير جامع.

وبهذا التعديل أصبح التعريف شاملا لجميع أنواع الوصايا التي شملها التعريف السابق، والتي لم يشملها.

فهو يشمل الوصية بالتمليك، وبالإسقاط في معنى التمليك، كالوصية بالإبراء من الديـن، والوصـية بالإسـقاط المحـض. كإبـراء الكفـيل مـن الكفالـة، والوصـية بالأعيان والمـنافع، والحقـوق المـتعلقة بالمـال القابلـة للـنقل سـواء كـان الموصى له أهلا للتملك،

كالإنسان، أو ليس أهلا للتملك، كالوصية لجهات البر، لأن ذلك كله يصدق عليه أنه تصرف في التركة مضاف لما بعد الموت.

عكس التعريف الحنفي الذي جمع بين لفظ التمليك وطريق التبرع حين قال : تمليك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع. فضاق مجاله، ولم تتسع دائرته لكثير من الوصايا، مما عرضه لسيل من الانتقادات، تجنبها القانون الوضعي بهذا التعديل الذي أدخله عليه دون المساس بالجوهر.

المبحث الثاني :

في الفرق بين الوصية وبين غيرها مما يلتبس بها

الوصية كتصرف يستفيد منه الغير، ويستحق به مالا من أموال المتصرف مجانا بلا عوض مقابل تشتبه ببعض التصرفات التي تشابهها أو تشاركها في تلك النتائج والآثار، كالوعد، والإقرار، والعطايا المبتلة، والإرث، وهي في نفس الوقت تختلف معها في حقائقها، وكثير من أحكامها، لذلك كان من المستحسن التفريق بينها وبين هذه النظائر، رفعا لكل التباس يمكن أن يقع فيه القارئ العادي، وهذا ما سأحاول القيام به في هذا المبحث الذي قسمته إلى أربعة مطالب، الأول في الفرق بين الوصية والوعد، والثاني في الفرق بينها وبين العطايا المبتلة، والثالث في الفرق بينها وبين الإقرار، والرابع في الفرق بينها وبين الإرث.

المطلب الأول :

في الفرق بين الوصية والوعد

تشترك الوصية والوعد بالمال في أن كلا منهما تصرف غير لازم، يجوز الرجوع فيه، مما جعل بعض الفقهاء يذهبون إلى أن الوصية نوع من الوعد، وهو الوعد بمال يؤخذ من التركة بعد الموت، وأن بين الوعد والوصية عموما وخصوصا بإطلاق، فكل وصية وعد، وليس كل وعد وصية، يجتمعان في الوعد بمال من التركة بعد الموت، فهو وعد ووصية. وينفرد الوعد في الوعد بمال في الحياة. وبما ليس بمال، كالوعد بالحضور إلى مكان معين، في وقت معين، فهو وعد، وليس وصية، ولكن الجمهور على أن الوعد غير الوصية، وأنهما رغم اشتراكهما في تأخر تنفيذ الموعود به، والموصى به عن وقت الوعد في الأول، ووقت الوصية في الثاني، وحق الواعد والموصي في الرجوع عن الوعد والوصية، فإنه رغم ذلك يوجد بينهما فرق في الحقيقة والحكم أيضا[1].

1- انظر حاشية الوزاني على التحفة، ج 3، كراسة 44، ص : 8.

1- الوصية إنشاء عطية حين الإيصاء تنفذ بعد الموت، بينما الوعد ليس فيه إنشاء عطية حين الوعد، ولا بعده وإنما هو إخبار عن إنشاء مستقبل.

فقول الواعد : سأعطيك ليس إعطاء، ولكنه إخبار عن أنه سيعطيه، ولذلك فإن الوعد خبر لا إنشاء، بينما قول الموصي : أوصيت لك هو إنشاء العطية الآن، إلا أنها تنفذ بعد الموت ولذلك كان المعتبر عند الفقهاء في شروط الموصي هو وقت الوصية، لأنه وقت إنشاء التصرف.

2- الوصية يجب تنفيذها بعد الموت، ولا تتوقف على إنشاء الورثة عطية جديدة، بخلاف الوعد، فإنه لا يجب الوفاء به، لا في الحياة، ولا بعد الممات، سواء كان وعدا بالعطية، أو وعدا بالوصية في الصحة أو المرض، مثل قوله سأعطيك سأوصي لك، أو أحضر الشهود لأوصي لك، فذلك كله من قبيل الوعد بالوصية أو العطية، حتى ينشئ الوصية أو العطية، ولذا يقول الفقهاء الوعد بالوصية ليس وصية[1].

وقال ابن القاسم : فيمن أوصى بعشرة دراهم، وقال : أريد أن أوصي غدا، فاشهدوا أن ما بقي لزيد، فمات قبل أن يوصي : إنه لا شيء لزيد – فلم يجعل قوله أريد أن أوصي غدا... وصية، لأنه مجرد وعد، لا إنشاء.

ولمالك نحوه فيمن قال : بقية ثلثي لفلان، فإني أريد أن أوصي غدا، فمات قبل الوصية، قال : لا شيء لفلان، لأنه لا يدرى لو أوصى هل يبقى له شيء أم لا ؟ وقال أشهب : له الثلث كله، لعدم المزاحم[2].

وإذا كان لا يجب الوفاء بما وعد به الميت، فإنه يستحب للورثة تنفيذ ما وعد به مورثهم من وصية أو عطية، فقد وعد رسول الله صلى الله عليه وسلم جابرا بثلاث حثيات من مال البحرين، ووعد أبا صحيفة بثلاثة عشر قلوصا، فمات قبل إنجاز ما وعد، فوفاه عنه أبو بكر الصديق رضي الله عنه[3].

1- المعيار 377/9-478.

2- الذخيرة للقرافي تحقيق بوخبزة 114/7.

3- انظر البخاري بشرح فتح الباري 221/5، الترمذي 210/4.

وشذ بعض الفقهاء، فقال بلزوم الوفاء بالوعد، والقضاء به، وعدم الرجوع فيه[1].

المطلب الثاني :
في الفرق بين الوصية والعطايا المنجزة

تتفق الوصية والعطايا المتبلة في انتمائها لفقه التبرعات، كما يشتركان في بعض أحكامهما، إلا أنهما رغم هذا التشابه بينهما فإنهما يختلفان في حقيقتهما، وكثير من أحكامهما.

1- أن الوصية عطية معلقة على الموت، والموصى له لا حق له فيها إلا بعد وفاة الموصي، بخلاف العطايا المبتلة، فإنها عطايا منجزة، يبتلها المعطي ويقطعها على نفسه، ويسلمها للمعطى له في الحياة قبل الممات، بخلاف الموصى به فإنه يبقى في يد الموصي إلى وفاته.

2- العطايا المنجزة تخرج من رأس المال ولو أتت على جميعه، ولا اعتراض للورثة إذا وقعت في الصحة وجيزت، بناء على الراجح من صحة التبرع بجميع المال، بخلاف الوصية، فإنها لا تعدو الثلث، إلا أن يوافق الورثة لحديث : "الثلث والثلث كثير"[2].

3- أن العطايا المبتلة في الصحة تجوز لوارث ولغيره من الأجانب، وهي للوارث أفضل، لأنها صلة وصدقة، كما قال صلى الله عليه وسلم[3]، بخلاف الوصية، فإنها لا تجوز لوارث. كما قال عليه السلام : "لا وصية لوارث"[4]. فإنه يدل بمنطوقه على منع الوصية لوارث ويدل بمفهومه على جواز غيرها من العطايا لوارث.

1- الجامع لأحكام القرآن 78/11.

2- رواه الجماعة، انظر نيل الأوطار للشوكاني 37/6، الفتح 369/5، الترمذي 291/3، النسائي 241/5.

3- أخرجه أصحاب السنن، انظر : النسائي 92/5.

4- رواه الخمسة إلا النسائي نيل الأوطار 40/6، لفظ النسائي إن الصدقة على المسكين صدقة وعلى ذي الرحم ثنتان صدقة وصلة.

4- العطايا المبتلة الواقعة في الصحة يشترط فيها الحوز قبل حدوث مانع بالمعطي، بخلاف الوصية فإنها لا تحاز حتى يموت الموصي.

5- الوصية تصح من المحجور ولو اعترض وليه أو ورثته، بخلاف العطايا المنجزة فلا تصح منه، ولو أجازها وليه أو وارثه.

ولأجل اختلاف الوصية والتبتيل، والتباس بعضها ببعض أحيانا، أوصى الفقهاء بوجوب العناية بألفاظ الموصي، وملاحظة القرائن المحيطة بها قبل الحكم عليها.

فما صرح فيه المعطي بلفظ الوصية حمل عليها، وما صرح فيه بلفظ التبتيل وما في معناه حمل على التبتيل، وما كان محتملا ينظر فيه إلى القرائن، فإن قامت قرينة على إرادة الوصية حمل عليها، وإن قامت قرينة على إرادة الصدقة حمل على الصدقة، وإن لم توجد قرينة فإن كان في الصحة حمل على البتل، لأنه الغالب، وإن كان في المرض حمل على الوصية، لأنها الغالب، والحمل على الغالب واجب[1].

واعتبر مالك القرينة وحدها، ولم يفرق بين المريض والصحيح متى كان اللفظ ظاهرا في البتل، وإنه متى وجدت قرينة تدل على الوصية فإنه يحمل عليها، ومتى عدمت القرينة الدالة عليها فإنه يحمل على البتل، لأنه ظاهر اللفظ، واللفظ محمول على ظاهره حتى يدل الدليل على خلافه، كما يقول الأصوليون، ومن هنا قال في مريض قيل له أوص، فقال : فلان حر -يعني أوداري صدقة- ثم صح فقال : أردت بعد موتي، قال مالك : إنه يصدق، ووجه تصديقه أن كلامه وقع جوابا لمن قال له : أوص، والجواب تابع للسؤال، فصدقه لقرينة السؤال، وإن كان اللفظ ظاهرا في التبتيل والتنجيز، لأنه لم يعلقه بأي لفظ يدل على الوصية إلا قرينة السؤال، ولهذا يقول الأصوليون: السؤال معاد في الجواب.

وقال في مريض وحامل تصدقا ولم يقولا : إن مت، ثم صحا فقالا : أردنا إن مت، وقال الشهود : ظننا أنه أراد البتل، قال : ينظر في ذلك بما يدل على القصد، فإن رأى أنه قصد الوصية فهي وصية، يرجع فيها، وإلا فلا رجوع له، وتنفذ[2].

1- انظر البهجة 312/2.

2- انظر المنتقى لأبي الوليد الباجي 150/6 والذخيرة 146/7.

وقال أشهب وابن نافع في صدقة تصدقت بها امرأة على بنتها، وأوصت الشهود أن لا يشهدوا عليها حتى تموت : إنها صدقة باطلة، وعلل ذلك ابن رشد بأن الأمر بإخفاء الشهادة وعدم القيام بها حتى تموت، قرينة على أنها لم ترد التبتيل، وإنما أرادت أن تصيرها لابنتها بعد موتها من رأس المال، وذلك لا يحل لها[1].

المطلب الثالث :

في الفرق بين الوصية والإقرار بالمال

رغم التباين الموجود بين الوصية والإقرار، واختلاف حقيقة كل منهما عن الآخر، فإنه في كثير من النوازل يلتبس الحال على المفتي في تكييف النازلة : هل هي إقرار، أو وصية ؟.

وفي هذا المطلب نبين الفرق بين الوصية والإقرار بالمال، وذلك من وجوه :

1- أن الوصية إنشاء عطية معلقة، والموصى له لا شيء له عند الموصي قبل الوصية، ولا حق له عليه، ولا عنده، فيما أوصى له به، وإنما الموصي يحسن إليه، ويوصي له بشيء من ماله يأخذه بعد موته. بخلاف الإقرار، فإنه إخبار عن حق أو حقوق ثابتة للمقر له على المقر، قبل وقوع الإقرار.

فالمقر في الإقرار يخبر بما في ذمته من ديون، أو بما في يده من أمانات لغيره، ولا يعطي المقر له شيئا بإقراره، ولذلك إذا أقر له بمال كذبا فإن الأولى له تركه وعدم أخذه، لأنه لم يوص له به[2].

2- الإقرار ينفذ في الحياة وبعد الممات، بخلاف الوصية فلا تنفذ إلا بعد الموت.

3- الإقرار لا رجوع فيه للمقر، والوصية يجوز فيها الرجوع قبل الموت.

1- المعيار 6/31-32.

2- نفس المرجع 9/381.

4- الإقـرار يخـرج مـن رأس المـال، ولـو أتى على جميع التركة، ولا اعتراض للورثة ما دام الإقرار صحيحا لازما، بخلاف الوصية، فإنها تخرج الثلث.

5- الوصـية لا تجـوز لـوارث إلا أن يجـيزها الورثـة، بخلاف الإقرار فإنه يجوز للـوارث في حـال الصـحة مطلقا، وفي حال المرض على تفصيل وخلاف يأتيان في محلهما عند الحديث عن تصرفات المريض.

6- الوصـية تصـح من المحجور ولو عارضها الوصي أو الورثة، بخلاف الإقرار فلا يصح منه ولو أجازه الوصي أو الوارث.

7- الوصـية بالمـال مسـتحبة، والإقـرار بـالحق واجـب إجماعـا، لأنه من باب الشهادة على النفس التي أوجبها الله على الجميع، في قوله تعالى : ﴿**يا أيها الذي آمنوا كونـوا قوامـين بالقسـط شـهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين**﴾[1] وحرم كتمها في قوله : ﴿**ولا تكتموا الشهادة، ومن يكتمها فإنه آثم قلبه**﴾[2] والأمر للوجوب، والنهي للتحريم.

8- إقـرار المفلـس لازم يتـبع بـه في ذمـته، بخلاف وصيته فإنها باطلة إذا كان الدين مستغرقا.

ولأجـل هـذا الاخـتلاف بين الوصية والإقرار ينبغي التثبت في النوازل المعروضة لمعرفة مقصود المتكلم، هل الإقرار أو الوصية، إذا لم تكن العبارة واضحة[3].

وقـال ابـن تيمية في الكلام المحتمل للإقرار والوصية : إنه ينظر للقرائن، ويعمل بمقتضاها، وإلا حمل على الوصية استصحابا للحال[4].

واختلف المالكية فيمن أقر بدين ثم ادعى أنه قصد الوصية، فقيل الإقرار لازم له، ولا يمين على المقر له، وقيل لابد من يمينه[5].

---

[1]- من الآية 135 سورة النساء.

[2]- من الآية 283 سورة البقرة.

[3]- انظر المعيار 510/9.

[4]- مجموع فتاوي ابن تيمية 5.3/31، مطبعة المعارف الرباط.

[5]- المعيار 453/10.

المطلب الرابع :

الفرق بين الوصية والميراث

الفرق بين الوصية والميراث من الوضوح بمكان، يكاد يكون الحديث عنه قليل الفائدة، لولا ما يتضمنه من توضيح بعض الجوانب التي قد تخفى، أو يغفل عن ملاحظتها، خاصة بعدما أصبح بعضهم يعتبر الوصية نوعا من الإرث، أو سببا من أسبابه حين قال : المسألة الأولى : الإرث بالوصية الإرادية، المسألة الثانية : الإرث بالتنزيل[1]، مما يوحي باختلاط مفاهيمهما في بعض الأذهان، إلى حد عدم التمييز بينهما، رغم ما بينهما من اختلاف واضح في الاسم، والمفهوم، والسبب.

1- فالميراث يرتبط بأسباب معينة، حددها الشرع، لا يستطيع الميت التحكم فيها، كما يتأثر بموانع معروفة لا يملك الميت حق تجاوزها، بينما الوصية لا تتوقف على أسباب، ولا تتأثر بموانع الإرث، إلا في حدود ضيقة، وعلى خلاف بين الفقهاء.

2- الميراث حق جبري، ينتقل إلى الوارث بمقتضى الشرع، بغير إرادته، ولا إرادة الموروث، ولا يملك أحدهما حق التدخل في تقريره أو رفضه، ولا في تحديد مقداره، أو تعيين المستفيد منه، بينما الوصية تصرف اختياري يتم بإرادة الطرفين : الموصي والموصى له، يمكن للموصي أن يوصي وأن لا يوصي، كما يمكنه التدخل في تحديد مقدار الوصية، واختيار الشخص الموصى له في حدود معينة، وللموصى له في جميع الأحوال حق القبول أو الرفض إذا كان معينا.

3- أن الإرث سبب لنقل الملكية الموروثة بجميع حقوقها القابلة للنقل، بما في ذلك حق الشفعة والتقادم، وحق الرد بالعيب، أخذا بعموم حديث : "من ترك حقا أو مالا فلورثته"[2].

بخلاف الوصية فإنها تنقل للموصى له الملكية، دون حق الرد بالعيب، فإذا اشترى شخص سلعة معيبة لا علم له بعيبها ومات، فإن للورثة حق ردها على البائع، وإذا أوص

---

[1]- الجديد في علم الفرائض في مجال التطبيق للمؤلفين : الطاهر زنيبر، وعبد السلام البكاري، ط 1994.

[2]- أخرجه أحمد وابن ماجة، انظر الفقه الإسلامي وأدلته 4/18- 5/479.

بها فمات فإنه لا حق للموصى له في ردها بالعيب، والفرق بينهما أن الوصية تمليك مبتدأ، والإرث خلافة وولاية[1].

ورغم هذا التباين بين الوصية والإرث في الاسم، والحقيقة والأحكام، فإنهما يلتقيان في بعض الأشياء :

1- أن كلا منهما حق متعلق بتركة الميت، يصل إلى الغير مجانا وبدون عوض.

2- أن كلا منهما مشروط بوفاة المالك، لا يستحق إلا بموت صاحب التركة، فلا حق للموصى له، ولا للوارث في شيء من التركة في حياة المالك.

3- أن كلا منهما يبطل بوفاة المستفيد قبل صاحب التركة، أو معه أو في حال الشك، فالموصى له إذا مات قبل الموصي أو معه أو جهل السابق منهما تبطل وصيته، وكذلك الوارث.

4- أن كلا منهما يبطل بالقتل العمد العدوان على خلاف بين الفقهاء يأتي في محله.

1- انظر المبسوط للسرخسي 147/14.

المبحث الثالث :

في مشروعية الوصية وحكمتها وفضلها

نتناول في هذا المبحث مشروعية الوصية، والحكمة من مشروعيتها، وفضلها، والمقارنة بينها وبين الصدقة في الحياة في هذا الفضل.

ونقسمه إلى ثلاثة مطالب، الأول في مشروعيتها، والثاني في حكمتها، والثالث في فضلها.

المطلب الأول :

في مشروعيتها

من تعريف الوصية بأنها تمليك مضاف لما بعد الموت يتبين أن القياس يقتضي منعها وعدم جوازها :

1- لما فيها من صرف التركة عن أهلها، والإضرار بهم بحرمانهم من بعض حقوقهم فيها.

2- لأنها تمليك مضاف لما بعد الموت، والموت مانع من الملك، مزيل له، فلا يتصور وقوع التصرف بعد حصول الموت[1]، ولهذا قال ابن حزم : لولا أن الله أذن لنا في الوصية بعد الموت لما جاز لنا أن نوصي بشيء[2]. ولهذا يقول الفقهاء: الوصية خلاف الأصل.

إلا أنه رغم هذا فإن الوصية مشروعة بالكتاب والسنة، والإجماع، والنظر.

أما الكتاب فهناك آيات صريحة في مشروعيتها :

1- انظر بدائع الصنائع 330/7.
2- المحلى 319/9.

1- آية البقرة : ﴿كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا، الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف، حقا على المتقين﴾[1].

2- قوله تعالى في سورة النساء : ﴿من بعد وصية يوصي بها أو دين﴾[2]، وقوله: ﴿من بعد وصية يوصين بها أو دين﴾[3]، وقوله : ﴿من بعد وصية توصون بها أو دين﴾[4].

3- قوله تعالى في سورة المائدة : ﴿يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم، أو آخران من غيركم، إن أنتم ضربتم في الأرض فأصابتكم مصيبة الموت﴾ [5].

فدلت الآية الأولى على فرض الوصية أو ندبها على الخلاف الآتي، ودلت الثانية على وجوب تنفيذها وتقديمها على الميراث، كما دلت الثالثة على الأمر بالإشهاد عليها، وذلك كله لا يدع مجالا للشك في مشروعيتها، ولذلك ألغي القياس المقتضي لمنعها، لمخالفته للكتاب والسنة والإجماع[6].

وأما السنة فهناك أحاديث كثيرة، بلغت في كثرتها وتعدد رواتها حد التواتر المعنوي المفيد للقطع واليقين بمشروعيتها، نكتفي بذكر بعضها، على أمل ذكر الباقي عند الحاجة إليها للاحتجاج بها :

1- حديث ابن عمر رضي الله عنهما أنه صلى الله وسلم قال : "ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده"[7].

1- من الآية 280 سورة البقرة.
2- من الآية 11 سورة النساء.
3- من الآية 11 سورة النساء.
4- من الآية 11 سورة النساء.
5- من الآية 106 سورة المائدة.
6- انظر بدائع الصنائع 230/7.
7- رواه الجماعة، انظر : نيل الأوطار 33/6، الفتح 355/5، الترمذي 292/3، النسائي 369/6، الدارقطني 150/2.

2- حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه، وهو حديث طويل جاء فيه : "...قلت يا رسول الله أوصي بمالي كله ؟ قال : لا، قلت : فالشطر، قال : لا، قلت الثلث. قال: الثلث، والثلث كثير أو كبير"[1].

3- حديث : "إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم، زيادة في حسناتكم، ليجعلها لكم زكاة في أعمالكم"[2].

وأما الإجماع، فقد أجمع الفقهاء على مشروعيتها في الجملة، وشذ بعضهم فمنعها، فقد روي عن الربيع بن خثيم أنه قيل له : أوص لي بمصحفك، فنظر إلى ولده، وقرأ ﴿**وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله**﴾[3].

المطلب الثاني :

في حكمتها

شرع الله تعالى الوصية رحمة بعباده ولطفا بهم، زيادة في أجورهم، وكفارة لذنوبهم، وقضاء لما فاتهم من واجبات، وإحسانا إليهم، فإن الإنسان حريص على المال، بخيل به مادام يرجو العيش، ويأمل الحياة، وإذا حضرته المنية قد يندم حين يرى ماله الذي تعب في جمعه صائرا إلى غيره من بعده. فلا تطيب نفسه، ويتمنى لو أنفقه فيما يعود عليه نفعه في دينه وأخراه، كما أخبر الله عن ذلك في قوله : ﴿**وأنفقوا مما رزقناكم من قبل أن يأتي أحدكم الموت، فيقول رب لولا أخرتني إلى أجل قريب فأصدق وأكن من الصالحين**﴾[4].

لذلك تفضل على عباده بشرع الوصايا، ووسع لهم مجالها ليستدركوا ما فاتهم في حياتهم من خير، وما قصروا فيه من واجبات، وأعطاهم الفرصة الأخيرة أو فرصة

1- رواه الجماعة، انظر : نيل الأوطار 38/6، الفتح 369/5، الترمذي 291/3، النسائي 241/6.
2- رواه الدارقطني، نيل الأوطار 38/6، الدارقطني 150/4.
3- من الآية 75 سورة الأحزاب، ومن الآية 75 سورة الأنفال، وانظر الجامع لأحكام القرآن 177/2.
4- من الآية 10 سورة المنافقون.

الانـتفاع بمـا جمعـوه وإنفاقـه فـيما تطيب به أنفسهم، وفرض احترام رغباتهم وتصرفاتهم المشروعة حين قال سبحانه : ﴿**فمن بدله بعدما سمعه فإنما إثمه على الذين يبدلونه**﴾[1].

وفي حديـث أبـي هريـرة ومعاذ وأبي الدرداء رضي الله عنهم، مرفوعا أنه صلى اللـه عـليه وسـلم قـال : "إن اللـه تصـدق علـيكم عـند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة في حسناتكم"[2].

وفي حديـث ابـن عمـر رضـي اللـه عـنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "إن الله عز وجل يقول : يا بن آدم اثنان لم تكن لك واحدة منهما، جعلت لك نصيبا من مالك حين أخذت بكظمك، لأطهرك وأزكيك"... [3].

وفي حديـث معاوية بن قرة عن أبيه أنه صلى الله عليه وسلم قال : "من حضرته الوفاة، فأوصى فكانت وصيته على كتاب الله، كانت كفارة لما ترك من زكاته"[4].

وفي حديـث : "المحـروم مـن حرم الوصية، من مات على وصية مات على سبيل وسنة، وتقى، وشهادة، ومات مغفورا له"[5].

هـذه الأحاديث تبين بوضوح الحكمة من مشروعية الوصية رغم مخالفتها للقياس، وهي :

1- الزيادة في حسنات الموصي وتكثير أجره.

2- تكفير ذنوبه وتزكيته وتطهيره.

3- الموت على السنة والتقوى والشهادة.

وهي كلها حكم دينية أخروية تحقق مصالح الموصي، جاء التصريح بها ترغيبا له في الوصية، وتذكيرا له بأنه المستفيد من وصيته لتطيب نفسه بها.

1- من الآية 281 سورة البقرة.

2- سبق تخريجه.

3- رواه ابن ماجة والدارقطني، انظر سنن الدارقطني 149/4.

4- رواه الدارقطني 149/4.

5- رواه ابن ماجة 901/2، انظر التمهيد 303/14.

المطلب الثالث :

في فضلها

أجمع العلماء على فضل الوصية، وثبوت الأجر فيها، والأصل في ذلك الأحاديث السابقة في فضلها، وتكفير الذنوب بها، مع آية البقرة على القول بعدم نسخها.

إلا أنها مع هذا الفضل تعتبر أقل أجرا من الصدقة في الحياة حال الصحة، كما نطقت بذلك الأحاديث النبوية الشريفة التي منها :

1- حديث أبي هريرة المتفق عليه أنه قال : قال رجل للنبي صلى الله عليه وسلم : "أي الصدقة أفضل ؟ قال : أن تصدق وأنت صحيح حريص، تأمل الغنى، وتخشى الفقر، ولا تمهل حتى إذا بلغت الحلقوم قلت لفلان كذا، ولفلان كذا، وقد كان لفلان"[1].

2- حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم قال : "لأن يتصدق المرء في حياته وصحته بدرهم، خير له من أن يتصدق بمائة عند موته"[2].

3- حديث : "مثل الذي يعتق عند الموت كمثل الذي يهدي إذا شبع"[3].

4- حديث يسر بن جحاش قال : "بزق النبي صلى الله عليه وسلم في كفه، ثم وضع أصبعه السبابة وقال : يقول الله : أنى يعجزني ابن آدم، وقد خلقته من قبل من مثل هذه، فإذا بلغت نفسك إلى هذا وأشار إلى حلقه، قلت أتصدق، وأنى أوان الصدقة ؟ وفي رواية حتى إذا سويتك وعدلتك مشيت بين بردين، وللأرض منك وئيد، فجمعت ومنعت، حتى إذا بلغت التراقي قلت : لفلان كذا، وتصدقوا بكذا"[4].

فدلت هذه الأحاديث مجتمعة على أفضلية الصدقة في الصحة على الوصية عند الوفاة بالتصريح تارة، وبالعتاب تارة أخرى، وبالتمثيل المقنع تارة أيضا.

1- رواه الجماعة إلا الترمذي، نيل الأوطار 35/6.

2- رواه أبو داود 113/3.

3- رواه الترمذي 295/3، ورواه النسائي بلفظ مثل الذي يعتق أو يتصدق عند موته مثل الذي يهدي بعدما شبع 238/3.

4- رواه ابن ماجة، الفتح 374/5 صحيح ابن ماجة 111/2.

والسر في هذا التفضيل أن الإنسان مجبول على حب المال، والحرص عليه، والشح بإنفاقه، يخاف الفقر بزواله، كما قال تعالى : ﴿**وتحبون المال حبا جما**﴾[1]،﴿**الشيطان يعدكم الفقر ويأمركم بالفحشاء**﴾[2]، فلا ينفقه في الحياة والصحة إلا من كان حب الله في قلبه أشد من حب المال في يده، وكانت ثقته بالله أعظم من ثقته بماله، ولا يقدر على ذلك إلا المؤمنون الصادقون، ولذلك جاء في الحديث : "والصدقة برهان"[3].

وهذا بخلاف إنفاق المال بعد الموت، فإنه إنفاق للمال بعد الاستغناء عنه، وانقطاع الأمل فيه، وحصول اليأس من بقائه في يده.

فلذلك كانت الصدقة في الصحة أفضل من الوصية، مسايرة لقوله تعالى : ﴿**وآتى المال على حبه**﴾[4]، وقوله : ﴿**لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون**﴾[5]، والمتصدق ينفق المال الذي يحب مع حبه له، والموصي ينفق ما لا يحب، فلا يستويان.

وقال الشعبي : من أوصى بوصية فلم يجر ولم يحف كان له من الأجر مثل ما لو أعطاها وهو صحيح[6].

وهو قول ترده الأحاديث السابقة، فإنها صريحة في تفضيل الصدقة في الصحة على العطية عند الموت، ولا تقبل التأويل لصراحتها، ووضوح دلالتها على المراد، والنص كما يقول الأصوليون لا يقبل التأويل، ولا كلام لأحد مع كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم، سيما في مسائل الثواب والأجر، التي لا تعلم إلا بالوحي.

1- من الآية 20 سورة الفجر.
2- من الآية 268 سورة البقرة.
3- رواه ابن ماجة بلفظ والزكاة برهان، انظر : صحيح ابن ماجة 52/1.
4- من الآية 177 سورة البقرة.
5- من الآية 92 سورة البقرة.
6- المغني 3/6.

المبحث الرابع :

في حكمها

اختلف الفقهاء في حكم الوصية اختلافا كثيرا، فاختلفوا في وجوبها ابتداء وعدم وجوبها، كما اختلفوا في حكم قبولها، وفي وجوب إخراجها من تركة الميت إذا لم يوص في حياته، وفي أقسامها عند القائلين بعدم وجوبها.

لذلك رأيت تقسيم هذا المبحث إلى أربعة مطالب، أتناول في الأول المذاهب المختلفة في حكم الوصية وأدلتهم، ومناقشة تلك الأدلة، والمطلب الثاني نخصصه للخلاف في إخراجها من التركة إذا لم يوص الميت بها، وفي المطلب الثالث نتحدث عن الخلاف في حكم قبولها، ونختم هذا المبحث بأقسام الوصية في المذاهب الأربعة القائلة بعدم وجوبها، وهو المطلب الرابع.

المطلب الأول :

في وجوب الوصية وعدمه

الوصية التي نتحدث عنها هي الوصية بشيء من المال على جهة البر والإحسان، وقد اختلف فيها الفقهاء على أقوال :

القول الأول يرى أصحابه أن الوصية حق للموصي، إن شاء أوصى، وإن شاء لم يوص، ولا يجب عليه أن يوصي لأحد، لا لوالديه، ولا لقرابته الذين لا يرثونه، ولا لغيرهم من الأجانب، وهذا هو قول جمهور الصحابة والتابعين وأتباعهم، وهو مذهب الأئمة الأربعة وأصحابهم، وحكى ابن عبد البر وابن المنذر والشافعي الإجماع عليه(1)، والقول الثاني أن الوصية واجبة في الجملة لأي كان، من قريب أو غيره، والقول الثالث أن الوصية للوالدين والأقربين الذين لا يرثون فرض واجب على كل أحد ترك مالا

1- انظر التمهيد 292/14، الإجماع لابن المنذر ص : 81، نشر دار بيروت، الفتح 358/5.

(قليلا أو كثيرا)، على خلاف بينهم، ولا تكفي الوصية لغيرهم دونهم[1]، وهو قول طاوس والحسن وجماعة، وهو مذهب الظاهرية وابن جرير الطبري، ونسبه البيهقي للشافعي في القديم، كما نسبه ابن حزم للشعبي، وهو خلاف ما نسبه له ابن قدامة في المغني من القول بعدم وجوبها.

وقد احتج كل فريق بأدلة، نوردها أولا مع ما يمكن إضافته إليها، ثم نناقشها بعد ذلك :

- أدلة الجمهور :

احتج الجمهور القائلون بعدم وجوب الوصية لمذهبهم بالكتاب، والسنة، والإجماع، والقياس والاستصحاب والأثر والنظر.

أولا- الكتاب :

أما الكتاب فقد استدلوا بقوله تعالى : **﴿كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا، الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف، حقا على المتقين﴾**[2].

والحجة فيها من وجهين :

1- قوله تعالى : بالمعروف، والمعروف خاص بالمندوب، ولا يطلق على الواجب[3].

2- قوله تعالى : حقا على المتقين، فإنه يدل بمفهومه على عدم وجوبها على غيرهم، ولو كانت الوصية واجبة لوجبت على المتقين وغيرهم، كالصلاة والصيام وغيرهما، لأن الواجب لا يختص بالمتقين دون غيرهم، فلما خصها الله بالمتقين دل ذلك على عدم وجوبها[4].

1- راجع المحلى 312/9 – المغني 2/6 الفتح 358 نيل الأوطار 33/6-34.

2- الآية 180 سورة البقرة.

3- الذخيرة 7/7.

4- راجع الجامع لأحكام القرآن 139/2، والتمهيد 294/14، الذخيرة 7/7.

ثانيا- السنة :

وأما السنة فإن أقواله صلى الله عليه وسلم، وفعله وتقريراته، كلها تدل على عدم وجوب الوصية للقرابة الذين لا يرثون، كما يتضح من الأحاديث التالية :

أ- فمن السنة القولية هناك :

1- حديث ابن عمر رضي الله عنهما أنه صلى الله عليه وسلم قال : "ما حق امرئ مسلم له شيء يريد أن يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده"[1].

والحجة فيه من وجهين :

1- أنه صلى الله عليه وسلم جعل الوصية موكولة إلى إرادة الموصي حيث قال : (له شيء يريد أن يوصي فيه)، ولو كانت الوصية واجبة لما علقها على إرادة الموصي، ولكانت واجبة، أرادها أو لم يردها، كسائر الفرائض من صلاة، وصيام وغيرهما، فإنها واجبة أراد ذلك المكلف أو لم يرد.

2- أنه صلى الله عليه وسلم جعل الوصية حقا للموصي : (ما حق امرئ مسلم)، ولم يجعلها حقا عليه.

والحديث الثاني، الحديث القدسي : إن الله عز وجل يقول : "يا بن آدم، جعلت لك نصيبا من مالك حين أخذت بكظمك، لأطهرك وأزكيك"[2].

والحجة فيه أن الله عز وجل جعل الوصية حقا للمسلم حيث يقول: جعلت لك، وما كان حقا له لا يكون حقا عليه وواجبا، ولو كانت واجبة لقال : جعلت عليك، وهذا هو السر في التعبير باللام دون على.

الحديث الثالث : حديث إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم[3].

والحجة فيه مثل الذي قبله، وأن الله جعلها صدقة على المسلمين وحقا لهم، بقوله : تصدق عليكم، ولو كانت واجبة لقال : إن الله فرض عليكم، ونحو ذلك، فلما

1- سبق تخريجه.
2- سبق تخريجه.
3- سبق تخريجه.

قال : تصدق عليكم، والصدقة لا يجب قبولها، علم أنها غير واجبة، كما قال صلى الله عليه وسلم في القصر في السفر في حال الأمن : صدقة تصدق الله بها عليكم فاقبلوا صدقته[1]، والقصر غير واجب، فكذلك الوصية، بجامع أن كلا منهما صدقة تصدق الله بها، ينبغي قبولها، ولا يجب.

والحديث الرابع حديث : "لأن يتصدق المرء بدرهم في حياته خير له من أن يتصدق بمائة عند موته"[2].

والحجة فيه من وجهين :

1- أنه سماها صدقة، والأصل في الصدقة والغالب عليها الاستحباب، وعدم الوجوب، فتحمل عليه عند الإطلاق، ولا تحمل على الوجوب إلا بدليل سالم من المعارض، وهو غير موجود، لأن الحمل على الأصل والغالب واجب.

2- أنه جعل الصدقة بدرهم في الحياة خيرا من الصدقة بمائة عند الموت، والإجماع على أن الصدقة في الصحة والحياة غير واجبة، والمستحب لا يكون أفضل من الواجب، فلما فضل صدقة الحياة على الوصية علم أنها غير واجبة، إذ لو كانت الوصية واجبة لكانت أفضل من الصدقة في الحياة، لأن الواجب أفضل من المندوب، كما يدل على ذلك الحديث القدسي : "وما تقرب إلي عبدي بشيء أحب إلي مما افترضته عليه"[3].

والحديث الخامس حديث "أنه صلى الله عليه وسلم سئل أي الصدقة أفضل ؟ فقال : أن تصدق وأنت صحيح حريص، تأمل الغنى وتخشى الفقر، ولا تمهل حتى إذا بلغت الحلقوم قلت : لفلان كذا، ولفلان كذا، وقد كان لفلان"[4]، وهو مثل الذي قبله في الدلالة على عدم الوجوب، حيث جعل الصدقة في الصحة خيرا من الوصية، والصدقة مندوبة، والمندوب لا يكون أفضل من الواجب كما قلت سابقا.

1- أخرجه الجماعة إلا البخاري، نيل الأوطار 199/3.

2- سبق تخريجه.

3- أخرجه البخاري، انظر الفتح 341/11.

4- سبق تخريجه.

والحديث السادس حديث : "إذا أديت زكاة مالك فقد قضيت ما عليك"[1].

والحجة فيه أنه حصر الواجبات المالية في أداء الزكاة، ونفى ما سواها، لقوله : فقد قضيت ما عليك، وما من صيغ العموم، فلو كانت الوصية واجبة لما كان المزكي قاضيا جميع ما عليه، ومن جهة ثانية الوصية عند القائلين بوجوبها تجب عندهم على الفور للحديث السابق : ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده، فلو كانت الوصية واجبة لبينها الرسول صلى الله عليه وسلم للسائل ولما اقتصر على أداء الزكاة، للقاعدة الأصولية : أنه لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة"[2].

الحديث السابع حديث طلحة وغيره في قصة الأعرابي الذي سأل النبي صلى الله عليه وسلم عن الزكاة، فأخبره بوجوبها، فسأله الأعرابي هل علي غيرها ؟ فقال : لا، إلا أن تطوع[3].

والحجة فيه من وجهين أيضا :

1- نفي الواجبات المالية غير الزكاة نصا بطريق العموم، لأن لفظ غير مضاف إلى الضمير فيعم، عملا بقاعدة أن المفرد المضاف يعم[4]، فكان السؤال عاما عن كل ماعدا الزكاة، فلما قال : الرسول صلى الله عليه وسلم له : لا، كان ذلك نفيا لوجوب كل ماعدا الزكاة، للقاعدة الأصولية أن جواب السائل غير المستقل تابع للسؤال في عمومه وخصوصه[5].

2- أنه لو كانت الوصية واجبة لبينها له حين سؤاله، للقاعدة : أنه لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة.

1- رواه الترمذي وحسنه، انظر : سنن الترمذي 64/2.
2- انظر جمع الجوامع بشرح المحلي 43/2.
3- أخرجه أبو داود، معالم السنن 104/1.
4- انظر جمع الجوامع شرح المحلي 220/1.
5- نفس المرجع 23/1.

الحديث الثامن : "إن الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث"[1]، وهو حديث صحيح، تلقته الأمة بالقبول، ومال الشافعي وابن حزم إلى تواتره، واعتبراه من نقل الكافة عن الكافة[2].

والحجة فيه من جهة أنه صلى الله عليه وسلم أخبر بأن الله أعطى كل ذي حق حقه، هكذا بصيغة العموم، ولما لم يعط الله لغير الورثة شيئا عند قسم المواريث دل ذلك على أنه لا حق لغير الورثة في تركة الميت، لأنه لو كان لهم حق فيها لأعطاهم الله ذلك، كما أعطى الورثة، ولم يحرمهم.

الحديث التاسع حديث ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال : "لما نزلت هذه الآية "والذين يكنزون الذهب والفضة" قال كبر ذلك على المسلمين فقال عمر : أنا أفرج عنكم، فانطلق فقال : يا نبي الله، إنه كبر على أصحابك هذه الآية، فقال : إن الله لم يفرض الزكاة إلا ليطيب ما بقي من أموالكم، وإنما فرض المواريث، وذكر كلمة لتكون لمن بعدكم"[3].

ففي هذا الحديث بيان للحقوق الواجبة في المال في الحياة وبعد الموت، وهما الزكاة والميراث، ولم يذكر الوصية، ولو كانت واجبة لذكرها، خاصة وأن هذا الحديث متأخر عن آية الوصية والميراث، فسكوته عن الوصية، واقتصاره على الزكاة والمواريث، دليل على عدم وجوب ما عداهما من التبرعات.

ب- السنة الفعلية :

وأما السنة الفعلية فقد دلت الأحاديث الصحيحة والصريحة على أنه صلى الله عليه وسلم لم يوص لأحد بشيء، وقد ترك قرابته الذين لا يرثونه، بنته، وبنت بنته، وابن عمه، وغيرهم، ولم يوص لهم بمال. روى ذلك زوجته عائشة رضي الله عنها، وابن عمه عبد الله بن عباس رضي الله عنهما، وهما أقرب الناس إليه، وأعلمهم بحاله، كما رواه عبد الله بن أبي أوفى من أصحابه.

1- رواه أصحاب السنن، نيل الأوطار 39/6، وانظر ما سبق : ص : 2.
2- راجع الأم للشافعي 114/2، والمحلي لابن حزم 316/9.
3- رواه أبو داود، راجع الجامع لأحكام القرآن 81/8.

ففي مسلم عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : "ما ترك رسول الله صلى الله عليه وسلم دينارا ولا درهما، ولا بعيرا ولا شاة، ولا أوصى بشيء"[1].

وفي البخاري عن طلحة بن مصرف سألت عبد الله بن أبي أوفى رضي الله عنهما، هل كان النبي صلى الله عليه وسلم أوصى ؟ فقال : لا، فقلت كيف كتب على الناس الوصية ؟ أو أمروا بالوصية ؟ قال : أوصى بكتاب الله[2].

وفي صحيح ابن خزيمة عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه صلى الله عليه وسلم لم يوص[3].

ففي هذه الأحاديث دلالة واضحة على عدم وجوب الوصية، لأنها لو كانت واجبة لبادر إليها، ولما تركها، لأن ترك الواجب معصية، والأنبياء معصومون، لا يصدر عنهم ذنب، ولو صغيرة سهوا على الصواب عند المتكلمين والأصوليين[4].

ج- *السنة التقريرية :*

وكما دلت السنة القولية والفعلية على عدم وجوب الوصية، فإن السنة التقريرية أكدت ذلك حين ترك جماعة من الصحابة الوصية في حياته، ولم ينكر عليهم حين علم بذلك، كما تدل على ذلك الوقائع التالية :

1- فقد ماتت أم سعد بن عبادة ولم توص، فسأل سعد النبي صلى الله عليه وسلم ، وقال له : إن أمي افتلتت نفسها، وأراها لو تكلمت تصدقت، أفأتصدق عنها؟ قال : نعم، تصدق عنها[5].

2- وقال رجل للنبي صلى الله عليه وسلم : إن أبي مات ولم يوص، فهل يكفر عنه أن أتصدق عنه ؟ قال : نعم[6].

1- أخرجه مسلم، انظر النووي 93/7. وانظر : سنن النسائي 240/5.
2- أخرجه البخاري، انظر الفتح 356/5.
3- رواه ابن خزيمة، الفتح 361/5.
4- راجع جمع الجوامع بشرح المحلي 58/2.
5- أخرجه في الموطأ والبخاري، انظر المنتقى 144/6، الفتح 385/5.
6- أخرجه مسلم والنسائي، انظر : النووي 88/7، سنن النسائي 252/5.

3- واستشهد سعد بن الربيع في غزوة أحد، ولم يوص بشيء من ماله لأحد، كما يدل على ذلك :

أولا- حديث جابر أن امرأة سعد بن البيع جاءت بابنتيها إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : هاتان ابنتا سعد بن الربيع، قتل أبوهما معك يوم أحد شهيدا، وإن عمهما أخذ مالهما، فلم يدع لهما مالا، ولا تنكحان إلا ولهما مال، قال يقضي الله في ذلك، فنزلت آية الميراث، فبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى عمهما، فقال : أعط ابنتي سعد الثلثين، وأعط أمهما الثمن، وما بقي فهو لك[1].

فأخذ العم جميع المال، واستيلاؤه عليه، دليل على أنه لم يكن أوصى بشيء منه لأحد.

ثانيا- ما روي أنه صلى الله عليه وسلم بعث يوم أحد من يلتمس سعد بن الربيع في القتلى، فوجده في آخر حياته، فقال له : أبلغ عني رسول الله السلام، وقل له: جزاك الله عنا خير ما جزى نبيا عن أمته، فأبلغ عني قومك السلام، وقل لهم : إن سعد بن الربيع يقول لكم : إنه لا عذر لكم عند الله إن خلص إلى نبيكم صلى الله عليه وسلم ومنكم عين تطرف، قال : ثم لم أبرح حتى مات، فجئت رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبرته خبره[2].

فهذه وصيته حين حضرته الوفاة، لا ذكر فيها للمال، ولذلك استولى أخوه على جميع المال.

فدلت هذه السنن التقريرية على أن الوصية غير واجبة، لأنه لو كانت واجبة لأنكر عليهم تركها، ولو بعد موتهم، كما أنكر على من أعتق عبيده في مرضه، وعلى من غل من الغنيمة، وعلى من قتل نفسه، وعلى من لم يترك وفاء بدينه، رغم وفاتهم، لأن الإنكار لا يسقط بالموت، ولأن فائدته لا تختص بالفاعل، بل تعم الفاعل وغيره، كما أن التقرير حجة للفاعل وغيره على الصحيح عند الأصوليين[3].

1- أخرجه الترمذي وقال حديث حسن صحيح. 280/3.

2- سيرة ابن هشام 46/3.

3- انظر المحلي 59/2.

ثالثا- الإجماع :

وأما الإجماع فقد حكاه ابن عبد البر، وابن المنذر، وأشار إليه ابن قدامة في المغني[1].

رابعا- القياس :

وأما القياس فهما قياسان : الأول قياس الوصية على الهبة والصدقة في الحياة، بجامع أن كلا تبرع بمال، فإذا لم تجب الهبة والصدقة للوالدين والأقربين في الحياة، فإنها لا تجب لهم الوصية بالأحرى، لأن المال ينتقل للورثة، ولأنه لا تصرف بعد الموت، والثاني قياسها على العطية للأجانب، فإنها لا تجب في الحياة، فلا تجب بعد الموت[2].

خامسا- الاستصحاب :

وأما الاستصحاب فهما استصحابان :

الأول استصحاب العدم الأصلي، فإن الأصل عدم الوجوب، فيستصحب ذلك حتى يقوم الدليل الصحيح السالم من المعارض وهو غير موجود.

والثاني استصحاب حال الإجماع على القول بحجيته، فإن الإجماع منعقد على عدم وجوب العطية للقرابة الذين لا يرثون في الحياة، فيستصحب ذلك بعد الموت، لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان.

سادسا- الأثر :

وأما الأثر فهي آثار كثيرة عن كبار الصحابة رضوان الله عنهم، وهم أعرف بدين الله وشريعته ممن بعدهم، روي عن ابن عمر، وحاطب بن أبي بلتعة أنهما لم يوصيا، وقال ابن قدامة : أكثر أصحاب رسول صلى الله عليه وسلم لم تنقل عنهم وصية، ولم ينقل لذلك نكير، ولو كانت الوصية واجبة لم يخلوا بذلك، ولنقل نقلا ظاهرا[3].

1- المغني 2/6.

2- نفس المرجع والصفحة.

3- نفس المرجع والمنحة.

وهذه وصية عبادة بن الصامت كما رواها الترمذي عن عطاء قال : لقيت الوليد ابـن عبادة بن الصامت فسألته، ما كانت وصية أبيك عند الموت ؟ فقال : دعاني فقال : يا بني اتق الله، واعلم أنك لن تتقي الله حتى تومن بالله، وتومن بالقدر خيره وشره، فإن مت على غير هذا دخلت النار[1]، فهذه وصية لا مال فيها.

سابعا- النظر :

وأما الاستدلال بالنظر فهناك عدة مسالك :

الأول أنـه لـو كانت الوصية واجبة لكان ذلك استحقاقا في التركة، ومشاركة بين الورثـة والموصـى لهم، إحدى الجهتين لها نصيب معلوم، وهم الورثة، والجهة الأخرى لها نصـيب مجهـول، وهم الموصى لهم، وذلك مناقض للحكمة، وسبب للتقاطع والتنازع، فلا يشرع[2].

والمسـلك الثاني أن الفرض لا يكون إلا موقوتا محددا مقدرا[3]، أو كما قال ابن رشد في المقدمات : الفرض لا يكون غير محدود بكتاب أو سنة[4]، وبما أن نصيب الوصية غير محدد ولا مقدر فلا تكون واجبة.

والمسـلك الثالـث مـا أشـار له ابن عبد البر أنه لو لم يوص الميت لقسم ماله بين ورثته بالإجماع، ولو كانت الوصية واجبة لوجب إخراج سهم الوصية من ماله[5].

والمسـلك الـرابع أن الأصل براءة الذمة، وعدم الوجوب، فلا يثبت إلا بدليل لا مطعن فيه، وهو غير موجود.

حجج القائلين بوجوب الوصية :

تنحصـر حجـج القـائلين بوجـوب الوصية للوالدين والأقربين الذين لا يرثون في الكتاب والسنة والأثر.

1- رواه الترمذي... انظر لسنن الترمذي 310/3.
2- انظر الجامع لأحكام القرآن 49/5.
3- الاستذكار لابن عبد البر 5/23.
4- مقدمات ابن رشد بهامش المدونة الكبرى 175/3.
5- الفتح 358/5.

أما الكتاب فآية البقرة التي استدل بها الجمهور لعدم الوجوب، وهي قوله تعالى : ﴿**كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا، الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف، حقا على المتقين**﴾[1].

والحجة فيها عندهم من وجوه في أول الآية وآخرها :

1- قوله تعالى : كتب عليكم، فإن هذه الصيغة ظاهرة في الوجوب، تكاد تكون صريحة فيه، وقد كثر استعمالها في خطاب الشرع للدلالة على الوجوب، مثل قوله تعالى : ﴿**كتب عليكم القصاص في القتلى**﴾[2]، وقوله : ﴿**كتب عليكم الصيام**﴾[3]، وقوله : ﴿**إن الصلاة كانت على المومنين كتابا موقوتا**﴾[4].

2- قوله تعالى : حقا، فإن الحق معناه الواجب، مثل قوله تعالى : ﴿**إن كل إلا كذب الرسل فحق عقاب**﴾[5].

3- التعبير بعلى في قوله على المتقين، فإنها تدل على الوجوب، كما في قوله تعالى : ﴿**ولله على الناس حج البيت**﴾[6].

4- لفظ المتقين، فإنه مشعر بأن الوصية من أفعال المتقين، وأن تارك الوصية ليس من المتقين[7].

5- لفظ المعروف فإن فعل المعروف واجب كما أن ترك المنكر واجب[8].

قال الجصاص : ودلالة الآية ظاهرة في إيجابها، وتأكيد فرضها، لأن قوله تعالى : كتب معناه فرض، ثم أكده بقوله : بالمعروف حقا على المتقين، ولا شيء في

1- الآية 280 سورة البقرة.

2- من الآية 278 سورة البقرة.

3- من الآية 283 سورة البقرة.

4- من الآية 103 سورة النساء.

5- من الآية 14 سورة ص.

6- من الآية 97 سورة آل عمران.

7- انظر : أحكام القرآن للجصاص 164/1.

8- التمهيد 212/14، أحكام القرآن للجصاص 164/1.

ألفـاظ الوجـوب أكـد مـن قـول القـائل : هـذا حق عليك، وتخصيصه المتقين على وجه التأكيد[1].

وأما السنة فحديث ابن عمر السابق من طرق شتى بألفاظ مختلفة.

فقـد رواه البخاري بلفظ : "ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده"[2]، ولم يزد يريد أن يوصي فيه.

ورواه أحمـد بلفـظ : حـق علـى كـل مسـلم أن لا يبيـت ليلتين وله ما يوصي فيه.. [3].

وأخرجه أبو عوانة بلفظ : لا ينبغي لمسلم أن يبيت ليلتين... [4].

ورواه الدارقطـني بلفـظ : "لا يحـل لمسـلم أن يبيـت ليلـتين إلا ووصيته مكتوبة عنده"[5].

فقـد اتفقـت هـذه الروايات في الدلالة على وجوب الوصية، وإن اختلفت وجوه دلالتها قوة وضعفا، وصراحة واحتمالا.

وأصـرحها في ذلـك روايـة لا يحل، فإن نفي الحل معناه تحريم المبيت ليلتين دون وصـية مكـتوبة، وهـو يقتضـي الوجـوب، لأن الـنهي عن الشيء أمر بضده، أو يقتضيه، وتحـريم الـترك إيجاب للفعل، كما يقول الأصوليون[6]، وقريب منها رواية لا ينبغي، فإن هـذه الصـيغة في لغـة القـرآن والرسـول صـلى الله عليه وسلم تستعمل للدلالة على المنع شـرعا أو عقـلا ، ولم ترد في القرآن إلا لذلك[7]، مثل قوله تعالى : ﴿**وما علمناه الشعر**

1- أحكام القرآن للجصاص 164/1.
2- انظر : التمهيد 291/14، الفتح 357/5.
3- انظر : الفتح 355/5.
4- النظر : الفتح 357/5، الدارقطني 151/4.
5- التمهيد 291/14، الفتح 357/5.
6- راجع المحلي 205/1 والذخيرة 7/7.
7- انظر : البرهان في علوم القرآن للزركشي 8/2.

وما ينبغي له﴾[1]، وقوله : ﴿سبحانك ما كان ينبغي لنا أن نتخذ من دونك من أولياء﴾[2]، وقوله : ﴿وما ينبغي للرحمن أن يتخذ ولدا﴾[3].

وأما رواية أحمد : حق على كل مسلم... فهي مثل قوله تعالى : "حقا على المتقين" وإن كان لفظ الحديث عاما في المتقين وغيرهم، وقد سبق قول الجصاص : لا شيء في ألفاظ الوجوب آكد من قوله القائل : هذا حق عليك.

وتبقى رواية ما حق امرئ مسلم، والحق فيها معناه الثابت، وما للنفي، فصار معنى التركيب أنه لا يحق للمسلم ولا يثبت له إلا البيات ووصيته مكتوبة، والنفي كالنهي، والنهي للتحريم، وإذا حرم ترك الوصية وجب فعلها[4].

وأما الآثار فهي عن الصحابة أربعة، وعن التابعين ثلاثة، فيما نقله ابن حزم[5].

1- ما روي عن ابن عمر من القول بوجوبها، وقوله : ما مرت علي ليلة منذ سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ذلك، إلا وعندي وصيتي[6].

2- ما روي عن طلحة والزبير أنهما كانا يشددان في الوصية.

3- ما روي عن عبد الله بن أوفى من القول بوجوبها.

4- ما روي عن طلحة بن مصرف وطاوس والشعبي من القول بوجوبها.

5- ما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال : من لم يوص عند موته لذي قرابته ممن لا يرث فقد ختم عمله بمعصية[7]. والخلاصة أن حديث ابن عمر يدل على وجوب الوصية مطلقا لأي كان، والآية تدل على وجوبها للوالدين والأقربين، فعلى القول بحمل المطلق على المقيد يحمل الحديث على خصوص الوصية للوالدين والأقربين،

1- من الآية 69 سورة يس.
2- من الآية 18 سورة الفرقان.
3- من الآية 92 سورة مريم.
4- الذخيرة 7/7.
5- انظر المحلي 312/9.
6- رواه مسلم، انظر النووي 78/7.
7- روح المعاني للألوسي 46/2.

وهـو قـول مـن يـرى وجـوب الوصية لهم، ولا تجزئ لغيرهم، وهو قول طاوس[1]، وعلى القـول بحمـل المقـيد علـى المطلـق بإلغـاء القيد الذي فيه ترد الآية إلى الحديث وتكون الوصـية واجـبة لأي كان، ولا تجب لخصوص الوالدين والأقربين، وهو قول أكثر القائلين بوجوب الوصية.

مناقشة أدلة الفريقين

انطلاقـا مـن القاعدة الأصولية أنه لا يتم الاحتياج بالدليل إلا إذا كان راجحا علـى معارضـه[2] لم يكـتف هـؤلاء وأولـئك بسـوق أدلتهم على ما اختاروه، وحاول كل إبطـال حجـج خصـمه، ليـتم له الاستدلال بحججه، مما أنتج مناقشة حادة بين الفريقين، التزم فيها بعضهم بالمقاييس العلمية، واهتم بعض بنصرة رأيه غير مبال بذلك.

ونحـن في هـذه المناقشة ننقل آراء الفريقين، ونضيف إليها ما نراه مسايرا للمنهج العـلمي الأصـولي، لصـالح هؤلاء، أو هؤلاء، ونبدأ بمناقشة أدلة القول بالوجوب، وهي كمـا سـبق منحصـرة في آيـة الـبقرة، وحديـث ابـن عمـر، والآثـار المنقولة عن الصحابة والتابعين، ونناقشها على هذا الترتيب.

مناقشة آية الوصية : ﴿كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت﴾ الآية.

هـذه الآية لا يتم الاحتياج بها، لوجوه تتمثل في منع دلالتها على الوجوب، وفي دعوى التخصيص، والنسخ، والإجمال، اعتراضات أربعة نخصص لها فروعا أربعة :

الفرع الأول :

1- منع دلالتها على الوجوب :

يرى القائلون بعدم وجوب الوصية للوالدين والأقربين أن هذه الآية لا دلالة فيها على الوجوب أصلا ، ولا حجة فيما ذكره الآخرون من وجوه الدلالة على الوجوب.

1- سنن سعيد 112/1-الفتح 358/5.

2- مفتاح الوصول للتلمساني ص 14.

أمـا قولـه تعـالى : كتب عليكم، فإن معناه فرض عليكم إذا أردتم، بقرينة آخر الآيـة : بالمعـروف حقا على المتقين[1]، وهي نظير قوله تعالى في القصاص : كتب عليكم القصـاص، وفي الصـيام : كتـب علـيكم الصيام، فإن معنى ذلك لمن شاء القصاص، ولمن شـاء الصـوم، لأن القصـاص غـير مـتعين، لجـواز العفو على الدية، وبدونها، بدليل قوله تعالى : ﴿**فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف، وأداء إليه بإحسان**﴾[2].

كمـا أن الصيام حين نزول آية الصوم لم يكن واجبا محتما، وكان يجوز للمكلف الصوم أو الإطعام، كما قال تعالى : ﴿**وعلى الذين يطيقونه فدية طعام مساكين**﴾[3].

وبهذا يتبين أن معنى كتب في هذه الآيات الثلاث أن الصوم والقصاص والوصية مكتوبة ثابتة لمن أرادها، فهي حق له، إذا أراده لا يمنع منه، وإذا لم يرده لا يلزمه، ويؤيد هـذا الـتأويل حديـث ابـن عمـر السابق، له شيء يريد أن يوصي فيه، فالآية تقرير لحق المحتضر في الوصية للوالدين والأقربين، ليلا يمنعه الورثة بحجة أن المال صائر إليهم.

وأمـا قولـه تعـالى : حقـا، فـإن الحـق معـناه الثابـت من حق الشيء إذا ثبت، والواجب والمندوب كلاهما حق ثابت[4]، والآية تحتملها، واللفظ المشترك لا يصح حمله علـى أحـد المعنـيين المتضـادين إلا بقريـنة، والقريـنة هـنا تـدل على الندب، وهي قوله تعـالى : بالمعـروف، فـإن المعـروف هـو الإحسـان، وهـو غير الواجب، ولا يصح ما قاله الآخـرون مـن أن المـراد بالمعـروف هـو الواجـب، إذ يصـير المعـنى كتب عليكم الوصية بالواجـب، وهـم لا يقولون ذلك. كما أن لفظ المتقين لا يقتضي إيجابها على غيرهم، بل يقتضـي العكـس بطـريق مفهوم المخالفة، فلا يصح القول بدلالة لفظ المتقين على وجوب الوصية.

ويـبقى التعـبير بكلمة على التي تمسك بها القائلون بالوجوب، والجواب عنه أنها وإن كانـت ظاهـرة في الوجـوب، فإنهـا تسـتعمل في غـيره مـن المندوبات، وفي الواجبات

1- انظر الجامع لأحكام القرآن، 174/2، وأحكام القرآن لابن العربي 61/1.

2- من الآية 178 سورة البقرة.

3- من الآية 184 سورة البقرة.

4- راجع أحكام القرآن لابن العربي 72/1، الفتح 358/5.

والآداب الأخلاقية، فتحمل هنا على الوجوب الأخلاقي والأدبي، بقرينة لفظ المعروف وبقرينة المتقين.

وقد جاءت بهذا المعنى في كثير من الأحاديث النبوية مثل حديث : "حق المسلم على المسلم ست: إذا لقيته فسلم عليه، وإذا دعاك فأجبه، وإذا استنصحك فانصحه، وإذا عطس فحمد الله فشمته، وإذا مرض فعده، وإذا مات فاتبعه"[1]. وحديث معاذ قال: "قلنا يا رسول الله، ما حق الجار ؟ قال إن استقرضك أقرضته، وإن استعانك أعنته، وإن احتاج أعطيته، وإن مرض عدته، وإن مات تبعت جنازته، وإن أصابه خير سرك، وهنايته، وإن أصابته مصيبة ساءتك وعزيته، ولا تؤذه بقتار قدرك، إلا أن تغرف له، ولا تستظل عليه بالبناء، لتشرف عليه وتسد عليه الريح إلا بإذنه، وإن اشتريت فاكهة فأهد له منها..." [2]، وفي حديث (الوتر حق) فأكثر هذه الحقوق غير واجبة، وقد جاءت بلفظ للمسلم على المسلم، أو للمومن على المومن، أو حق المسلم على المسلم أو حق الجار على الجار، فدل ذلك على أن هذه الصيغة غير صريحة في الوجوب، قابلة للتأويل، فتحمل على الندب جمعا بين الأدلة.

الفرع الثاني :

1- دعوى التخصيص :

يرى بعض القائلين بعدم الوجوب أن آية الوصية على تسليم دلالتها على الوجوب جدلا، فهي محمولة على من عليه حق من حقوق الله، فرط فيها، أو عليه ديون لغيره، أو عنده ودائع أو أمانات، أو له حقوق عند غيره، يخشى ضياع تلك الحقوق إذا لم يوص بها، لعدم من يشهد بها، فهذا يجب عليه الإيصاء بها، لوجوب أدائها لأهلها، كما قال تعالى : ﴿**إن الله يأمركم أن تودوا الأمانات إلى أهلها**﴾[3]، وقوله : ﴿**فإن أمن بعضكم بعضا فليؤد الذي أئتمن أمانته**﴾[4]، وإذا تعذر عليه أداؤها في حياته لسبب من الأسباب، وجب عليه الإيصاء بها لأهلها عند موته، لأنه لا سبيل أمامه لإيصال

1- أخرجه مسلم، وانظر : بلوغ المرام بشرح الكحلاني 148/4، صحيح ابن ماجة 243/1 النووي على مسلم 88/7.

2- أورده القرطبي في التفسير 123/5.

3- من الآية 58 سورة النساء.

4- من الآية 283 سورة البقرة.

الحق لأهله إلا الوصية، فتجب عليه حينئذ، لقاعدة : المقدور الذي لا يتم الواجب المطلق إلا به واجب[1].

فالخطاب في الآية : كتب عليكم خاص بالذين عليهم حقوق، أو لهم حقوق يخشى ضياعها، وعلى هذا المعنى حمل أبو ثور هذه الآية، فيما نقله ابن المنذر[2]، إلا أن هذا التأويل وإن كان موافقا لمذهب الجمهور، من عدم وجوب الوصية بالمال، إلا أنه لا يخلو عندي من ضعف، ولا ينبغي تخصيص الآية بذلك، لوجوه :

1- أن الآية خطاب عام لكل من حضره الموت : **كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت**، وليس كل من حضره الموت مدينا للوالدين والأقربين.

2- لو كان المقصود من عليه حق لله أو لغيره لما خص الله الوالدين والأقربين بوجوب الوصية لهم بحقوقهم وديونهم، لأن غيرهم من الدائنين وأصحاب الحقوق مثلهم، يجب على المدين المحتضر أن يوصي لهم بحقوقهم، متى خاف عليها من الضياع، لعموم الأدلة السابقة.

3- لو كان المقصود ذلك أيضا لما قال الله تعالى : بالمعروف، لأن الوصية في هذه الحالة واجبة، والمعروف غير الواجب كما سبق.

4- ولأن الوصية في هذه الحال تكون بجميع الحقوق الواجبة، لا بالمعروف، إلا أن يحمل المعروف على العدل، كما يقول بعض المفسرين[3]، والعدل هو الوصية لهم بجميع حقوقهم، وذلك واجب.

أو يجعل المعروف من المعرفة وآل فيه للعهد المعروف المعهود، وهو الحقوق المعروفة بين الدائن والمدين : الموصي والموصى له.

1- انظر : المحلي 92/1.

2- انظر : الفتح 359/5، الجامع لأحكام القرآن 174/2.

3- الجامع لأحكام القرآن 79/2، أحكام القرآن لابن العربي 72/1.

5- أن الدين غير الوصية، وقد ذكرهما الله تعالى في آية المواريث، وغاير بينهما، وسمى كل واحد باسمه، حين قال : ﴿**من بعد وصية يوصي بها أو دين**﴾[1].

فالدين لا يسمى وصية شرعا، والمدين المحتضر إذا أقر بما عليه من الحقوق لا يكون بذلك موصيا ولا يكون فعله وصية، وإنما هو اعتراف بالحق وإقرار به، واللفظ الشرعي يجب حمله على المعنى الشرعي، للوصية كما يقول الأصوليون: اللفظ محمول على عرف المخاطب أبدا، والمعنى الشرعي للوصية هو التبرع بمال بعد الموت، فتحمل الوصية في الآية عليه، لاعلى الإقرار بالحق للغير، لأنه لا يسمى وصية شرعا، فلا تحمل الآية عليه.

6- الآية عامة في كل من حضره الموت كما سبق، وحملها على خصوص من عليه ديون، أو عنده حقوق، أو له حقوق، تخصيص يحتاج إلى دليل من جهة.

ومن جهة ثانية يؤدي إلى حمل الآية على الصورة النادرة، أو أندرها، وهو المحتضر المدين للوالدين والأقربين، ويبقى حكم المحتضر المدين لغيرهم، والمحتضر الذي لا دين عليه، ولا حق عنده مسكوتا عنه، غير داخل في الخطاب والعموم، وهم أكثر عددا، وفي هذا تضييق لمضمون الآية، وتخصيص للعام بدون موجب، وقد يكون ابن عبد البر تنبه لهذا الاعتراض الأخير، وتفضل بالجواب عنه حين يقول :

وقد أجمع العلماء على أن الوصية غير واجب على أحد، إلا أن يكون عليه دين، أو تكون عنده وديعة، أو أمانة، فيوصي بذلك، وفي إجماعهم على هذا بيان لمعنى الكتاب والسنة[2].

فأشار بهذا إلى أن الآية مخصصة بالإجماع، إلا أن دعوى الإجماع غير مسلمة، فالخلاف في وجوب الوصية قديم منذ عهد الصحابة، كما أن تخصيص الكتاب بالإجماع مختلف فيه بين الأصوليين، وعلى تسليم ذلك تبقى الاعتراضات الأخرى قائمة.

1- من الآية 11 سورة النساء.

2- التمهيد 292/14.

فالأولى إبقاء الآية على عمومها في كل محتضر، مدينا كان أو غير مدين، وحمل الوصية على حقيقتها، من التبرع بحق بعد الموت، لا على الاعتراف بالديون والآمانات، والإيصاء بأدائها، كما يراه هؤلاء.

الفرع الثالث :

❖ دعوى النسخ :

الكلام على النسخ في هذه الآية شائك، وتتبع أقوال الصحابة والفقهاء فيه يطول بنا جدا، لذلك نفضل الاكتفاء بآرائهم وحججهم، مستغنيا عن عبارتهم ما أمكن، مقسما الموضوع إلى ثلاث نقط :

الأولى في نسخ الآية وعدمه، والثانية في القدر المنسوخ منها، والثالثة في الناسخ لها.

1- بالنسبة للنقطة الأولى هناك خلاف في أصل نسخها، فادعى ابن العربي في الناسخ والمنسوخ الإجماع على نسخها[1]، إلا أن الصحيح أن فيها خلافا، يرى بعضهم أن الآية محكمة لم ينسخ منها شيء، وأنها من باب العام الذي أريد به الخصوص، فإن لفظ الوالدين والأقربين عام، لدخول ال عليهما، والجمع المعرف بال للعموم، إلا أن المراد بهم الوالدان والأقربون الذين لا يرثون، فهم الذين تجب لهم الوصية، دون الوارثين منهم، وهو قول الضحاك، وطاوس، والحسن، واختاره الطبري[2].

2- وبالنسبة للقدر المنسوخ عند القائلين بنسخها هناك قولان :

الأول قول الجمهور أنها منسوخة كلها، وأن ما تدل عليه من وجوب الوصية منسوخ جملة وتفصيلا، في حق من يرث، ومن لا يرث، وهو قول ابن عباس، وابن عمر، وابن زيد وجمهور الفقهاء والأئمة الأربعة وأتباعهم[3]، روى البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال : كان المال للولد، وكانت الوصية للوالدين والأقربين، فنسخ

1- الناسخ والمنسوخ لابن العربي المعافري، تحقيق د.عبد الكبير المدغري، طبعة وزارة الأوقاف 2/ 14.

2- الجامع لأحكام القرآن 176/2.

3- المحرر الوجيز لابن عطية طبعة وزارة الأوقاف 69/2،الجامع لأحكام القرآن 277/2، أحكام القرآن للجصاص 164/1، الأم 103/4.

الله من ذلك ما أحب، فجعل للذكر مثل حظ الأنثيين، وجعل للأبوين لكل واحد منهما السدس، وجعل للمرأة الثمن والربع، وللزوج الشطر والربع[1].

والقول الثاني أن الآية منسوخة في حق من يرث من الوالدين والأقربين، محكمة في حق من لا يرث منهم، لمانع أو حاجب، وهو قول يروى عن ابن عباس، وقتادة والحسن، قالوا جميعا : الآية عامة تقرر الحكم بها برهة، ثم نسخ منها كل من كان يرث بآية الفرائض[2]، يعني وبقي من لا يرث.

وهو رأي يتفق مع أصحاب القول بعدم النسخ، وأن الآية من باب العام المراد به الخصوص، لاتفاق الفريقين في النتيجة، وهو وجوب الوصية للوالدين والأقربين الذين لا يرثون، وعدمها في حق الوارثين، وإن اختلفا منهجا، فهؤلاء يرون الآية عامة في الجميع، منسوخة في البعض دون البعض، في حين يرى الأولون أن الآية محكمة لا نسخ فيها، وأن المقصود بها ابتداء هو خصوص الوالدين والأقربين الذين لا يرثون، فالخلاف بين الفريقين في المنهج دون النتيجة.

3- وبالنسبة لتعيين الناسخ على القول بنسخها كليا أو جزئيا هناك أقوال :

الأول أنها منسوخة بآية الفرائض، قاله ابن عباس وغيره[3].

إلا أن القائلين بوجوب الوصية ردوا هذا القول من وجهين :

1- أن من شروط النسخ ثبوت التعارض بين الناسخ والمنسوخ، واستحالة الجمع بينهما بحال، وهذا غير موجود بين آية الوصية وآية الميراث، لسببين :

- أنه لا مانع من اجتماع الإرث والوصية معا بدليل جواز الوصية لوارث، إذا أجازها الورثة، وإذا كان كذلك لم يكن إيجاب الميراث نسخا للوصية، لعدم التعارض وإمكان الجمع، بأن يأخذ القريب بالوصية والإرث.

1- أخرجه البخاري، الفتح 372/5.

2- الجامع لأحكام القرآن 136/2.

3- نفس المرجع والصفحة، وراجع المنتقى 176/6.

- أن آية الوصية عامة في الوارث وغيره، وآية المواريث خاصة بالوالدين والأقربين الوارثين.

ولا تعارض بين الخاص والعام، لإمكان الجمع بينهما، بحمل العام على غير صورة الخاص، فتحمل آية الوصية على من لا يرث من الوالدين والأقربين، لسبب من الأسباب، وتحمل آية المواريث على من يرث منهم، وبذلك ينتفي التعارض بينهما[1].

وهذا هو الأوفق بالقواعد الأصولية التالية :

- أن الخاص المتأخر عن العام يخصص العام، أو ينسخه فيما تعارض فيه، ولا ينسخه جملة، ولا يبطل حكمه[2].

- أن التخصيص أولى من النسخ عند تعارضهما واحتمالهما[3].

- أن النسخ لا يصار إليه إلا بدليل[4].

- أن الجمع بين الدليلين واجب متى أمكن[5]، وهو هنا ممكن، بحمل العام على ا لخاص.

2- أن من شروط النسخ معرفة المتقدم من المتأخر، وهو هنا غير معروف، لأنه لا يعرف المتقدم من المتأخر من آية الوصية وآية المواريث، كما قال ابن العربي[6]، إلا أن هذا لا يسلم له، فإن ما سبق عن ابن عباس يدل على تأخر آية المواريث عن آية البقرة، حيث قال : كان المال للولد، وكانت الوصية للوالدين، فنسخ الله من ذلك ما أحب، وقد جزم ابن عبد البر بتأخر آية الفرائض عن آية الوصية.

1- انظر الفتح 373/5، نيل الأوطار 41/6.
2- انظر المحلي 26/2.
3- انظر : مراقي السعود وشرحه نشر البنود 134/1 لمؤلفه عبد الله العلوي الشنقيطي.
4- انظر المحلي 46/2.
5- انظر المحلي 210/2.
6- الناسخ والمنسوخ 18/2.

القول الثاني أنها منسوخة بقوله تعالى في آية المواريث : "من بعد وصية يوصي بها أو دين: [1].

ووجه الدلالة فيها على النسخ أن لفظ الوصية في البقرة جاء معرفا بأل : الوصية للوالدين والأقربين، وفي سورة النساء جاء منكرا من بعد وصية يوصي بها، فدل ذلك على أن الوصية التي أمر الله بإخراجها قبل الميراث، وتقديمها عليه، ليست هي الوصية للوالدين والأقربين، بل مطلق الوصية، كانت لهم أو لغيرهم، بدليل :

1- أنه لو كان المقصود بآية المواريث هي الوصية للوالدين والأقربين المذكورة في البقرة لقال : من بعد الوصية بالتعريف، للإشارة إلى الوصية المعهودة في البقرة، فلما نكرها دل على أنها غيرها، لقاعدة أن المعرفة إذا أعيدت نكرة كانت غير الأولى، وإذا أعيدت معرفة كانت عين الأولى.

2- أنه لو كان المقصود الوصية للوالدين والأقربين، لاقتضى ذلك أن الوصية لغير الوالدين والأقربين لا تنفذ، وهو خلاف الإجماع خلافا لطاوس.

وإذا ثبت أن الوصية المذكورة في آية المواريث غير المذكورة في البقرة، كان ذلك دليلا على نسخ إيجاب الوصية للوالدين والأقربين.

يقول الجصاص في أحكام القرآن[2] : والذي أوجب نسخ الوصية عندنا للوالدين والأقربين قوله تعالى في سياق آية المواريث : من بعد وصية يوصي بها أو دين، فأجازها مطلقة، ولم يقصرها على الأقربين دون غيرهم، وفي ذلك إيجاب نسخها للوالدين والأقربين، لأن الوصية كانت فرضا لهم، وفي هذه الآية –آية الإرث- إجازة تركها لهم والوصية لغيرهم، وليس يجوز ذلك إلا وقد نسخ تلك الوصية –الوصية للوالدين والأقربين- ثم أضاف يقول : فلما أطلق الوصية في آية المواريث بلفظ منكر ثبت أنه لم يرد بها الوصية المذكورة للوالدين والأقربين، وأنها مطلقة جائزة لسائر الناس، ثم يقول : وفي ذلك نسخ الوصية للوالدين والأقربين.

1- أحكام القرآن للجصاص 166/1.

2- نفس المرجع.

إلا أن هذا القول يرد عليه أنه مبني على قاعدتين خلافيتين :

1- الأولى أن المعرفة إذا أعيدت نكرة كانت غير الأولى، وهي قاعدة لغوية غير محررة، ولا مطردة، ومن شرطها أن تكون النكرة والمعرفة مذكورتين في كلام واحد، أو كلامين بينهما تواصل، بأن يكون أحدهما معطوفا على الآخر، أوله به تعلق[1]، وهذا الشرط غير متوفر، لأن الوصية المعرفة جاءت في البقرة، الوصية للوالدين والأقربين، والمنكرة مذكورة في سورة النساء، بالإضافة إلى ما ذكر من عدم تحرير القاعدة واطرادها، فقد أعيدت المعرفة نكرة وهي عين الأولى في كثير من الآيات القرآنية، مثل قوله تعالى : ﴿**ولقد ضربنا للناس في هذا القرآن من كل مثل لعلهم يتذكرون قرآنا عربيا**﴾[2]، والقاعدة الثانية التي بنى عليها الجصاص قوله هي أن المطلق المتأخر ناسخ للمقيد المتقدم، كالعام المتأخر فالوصية في البقرة مقيدة بكونها للوالدين والأقربين، والتي في المواريث مطلقة : من بعد وصية، فلذلك نسختها، بناء على مذهب الحنفية[3].

وعلى القول بأن المطلق محمول على المقيد مطلقا، أو إذا اتحد سببهما فإن مقتضى ذلك حمل الوصية في آية المواريث على آية البقرة، وتقييدها بها، ويكون المراد بهما واحدا، وهو الوصية للوالدين والأقربين، وبذلك تكون الآية دليلا لمذهب طاوس ومن معه، من القائلين بعدم صحة الوصية لغير الأقربين والوالدين. وعلى القول بإبقاء المقيد على قيده، والمطلق على إطلاقه عند اختلاف حكمهما فإنه لا نسخ ولا تقييد، لأن الوصية في البقرة الحكم فيها انشاؤها والتي في المواريث الحكم فيها اخراجها، أو بعبارة أخرى الحديث عن الوصية في البقرة من حيث إيجادها وفعلها، والحديث عن الوصية في المواريث من حيث إخراجها، وتقديمها على الإرث، والحكم فيهما مختلف، والمطلق والمقيد إذا اختلفا في الحكم لا يحمل أحدهما على الآخر على الصحيح عند الأصوليين[4].

1- الإتقان في علوم القرآن للسيوطي 193/1.

2- من الآية 58 سورة الزمر.

3- فواتح الرحموت ومسلم الثبوت 363/1.

4- راجع المحلى 2/ 52، إرشاد الفحول للشوكاني ص : 167.

القـول الثالـث أنها منسوخة بآية : ﴿**وإذا حضر القسمة أولوا القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه**﴾[1]، وهو قول ضعيف، يرده أنه لا تعارض بينهما، ولا نسخ إذا لم يكن تعارض[2].

القـول الـرابع أن الآية منسوخة بحديث : "لا وصية لوارث"[3]، وهو قول أكثر الحنفية.

ووجـه دلالته على النسخ أن المراد بالنفي في الحديث نفي الجواز، لا نفي الصحة، بدلـيل روايـة إلا أن يجـيزه الورثة[4]، ونفي الجواز يستلزم نفي الوجوب، لاستحالة الجمع بين كون الشيء واجبا وممنوعا في آن واحد، لأنه جمع بين الضدين.

وقد رد ابن العربي هذا القول من وجهين[5] :

1- أنه حديث لا أصل له.

2- أنـه لا يصـح نسـخ الكتاب إلا بالخبر الصحيح المتواتر، حتى يماثل الناسخ المنسوخ في العلم والعمل.

إلا أن مـا قالـه لا يوافـق علـيه، أما الأول فإن الحديث المذكور له أصل، رواه الخمسـة إلا أبـا داود، وصـححه الترمذي، كما رواه الدارقطني والبيهقي، وتلقاه العلماء بالقـبول والعمـل، ومال الشافعي إلى تواتره، ونحوه لابن حزم، وإن نازع في تواتره الفخر الرازي[6].

وأمـا الـثاني فالصحيح عند الأصوليين أنه يجوز نسخ الكتاب بخبر الآحاد، لأن الكل من عند الله، خلافا للشافعي ومن وافقه في منعه[7].

1- من الآية 8 سورة النساء.

2- الناسخ والمنسوخ 18/2.

3- سبق تخريجه.

4- أخرجها الدارقطني، نيل الأوطار 40/6.

5- الناسخ والمنسوخ 18/2.

6- انظر : الترمذي 294/3، الفتح 373/5، المحلى316/9.

7- انظر : الجامع لأحكام القرآن 176/2.

لكن يبقى القول : إن قوله عليه الصلاة والسلام : لا وصية لوارث، لا يصح أن يكون ناسخا للوصية للوالدين والأقربين غير الوارثين، لأنه يدل على منع الجمع بين الإرث والوصية، وأما من لا يرث فلا يدل على منع الوصية له، بل يدل على ثبوتها له بطريق المفهوم، فإن مفهوم –لوارث- ثبوتها لغيره، فيكون الحديث ناسخا للوصية للوالدين والأقربين الوارثين. فلا يتم الاستدلال به على النسخ المطلق لأصل الوصية :

نعم قوله في أول الحديث -إن الله أعطى كل ذي حق حقه– هكذا بصيغة العموم يصلح أن يكون ناسخا لأصل الوصية، ولإيجابها مطلقا، لمن يرث ولمن لا يرث، ووجه ذلك أن إخباره صلى الله عليه وسلم بأن الله أعطى لكل ذي حق حقه من التركة، دليل على أن من لم يعطه شيئا منها فلا حق له فيها، وحيث لم يعط لغير الورثة شيئا حين تقسيم الميراث، فذاك دليل على أنه لا حق لهم فيها، وإلا لأعطاهم إياه كما أعطى الورثة.

وفي هذا يقول ابن العربي تعليقا على قول ابن عباس : كان المال للولد، وكانت الوصية للوالدين والأقربين فنسخ الله من ذلك ما أحب... يقول تعليقا على ذلك : من كان من القرابة وارثا دخل مدخل الأبوين، ومن لم يكن وارثا قيل له : إن قطعك من الميراث الواجب إخراج لك عن الوصية الواجبة[1].

القول الخامس أنها منسوخة بآية الفرائض، وحديث لا وصية لوارث مجتمعين، لا يستقل أحدهما بنسخها، وهو مروي عن الشافعي، أما الحديث فلأنه لا يصح عنده نسخ الكتاب بالسنة، وأما آية الفرائض فلأنه لا تعارض بينها وبين آية الوصية، لإمكان الجمع بين الإرث والوصية عقلا ، لكن لما قال صلى الله عليه وسلم "لا وصية لوارث" علم امتناع الجمع بينهما ، فكان لابد من النسخ، وهو نسخ بالكتاب والسنة في آن واحد[2].

القول السادس أن الوصية للوالدين والأقربين منسوخة بحديث عمران بن حصين رضي الله عنه أن رجلا اعتق ستة مملوكين له عند موته، لم يكن له مال غيرهم، فدعا

1- أحكام القرآن لابن العربي 72/1.

2- انظر : الجصاص 166/1، الفتح 373/5، الرهوني 228/8.

بهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزأهم أثلاثا، ثم أقرع بينهم، فأعتق اثنين، وأرق ربعة، وقاله : قولا شديدا[1].

ووجه دلالته على النسخ أن هذه وصية لغير القرابة بجميع المال، أجاز منها النبي صلى الله عليه وسلم الثلث، ورد الثلثين، ولو كانت الوصية واجبة للقرابة الذين لا يرثون لرد النبي صلى الله عليه وسلم الوصية للرقيق، ولما أجاز لهم الثلث، لأنها وصية لغير قرابته، فلما أجازها على الوجه المذكور دل على عدم وجوب الوصية للقرابة غير الوارثين، وعلى نسخ آية البقرة التي أوجبت الوصية لهم، وبهذا احتج الشافعي على النسخ[2].

ورده ابن حزم من وجوه، وأطال في ذلك، وخلاصته[3] :

1- قال : إنه ليس في الحديث ما يدل على تأخره عن آية الوصية، ومن شرط الناسخ أن يعلم المتقدم من المتأخر، وأن يكون الناسخ هو المتأخر.

2- وادعى أن الحديث هو المنسوخ بآية الوصية، وليس العكس، لاتفاق الجميع على أنه قبل نزول آية الوصية المذكورة كان يجوز للإنسان أن يوصي لمن شاء، فنسخت الآية ذلك الحكم السائد، والذي جاء الحديث على مقتضاه، وأوجبت الوصية للوالدين والأقربين، ولا يمكن أن يعود المنسوخ ناسخا، والناسخ منسوخا بغير نص ثابت.

3- قال : يحتمل أن يكون الموصي حليفا في الأنصار، لا قرابة له، فلا تبقى فيه حجة على جواز الوصية لأجنبي، وترك القريب مع وجوده.

كما رده أبو بكر الجصاص من وجهين آخرين[4] :

1- احتمال أن تكون أمه أعجمية، وأن يكون العبيد الذين أعتقهم الموصي من قرابته من جهة أمه الأعجمية.

2- أن هذا مخالف لأصله الثابت عنه وهو أن السنة لا تنسخ القرآن.

1- رواه الجماعة إلا البخاري نيل الأوطار 42/6.

2- انظر : الأم 104/2، الفتح 358/5-359.

3- راجع المحلي 315/9-316.

4- انظر أحكام القرآن للجصاص 166/1.

وهـي اعتراضـات مـن السـهل إبطالهـا، أو معارضتها، باستثناء الأخير، فإنه لا يتوافق مع مذهب الشافعي حقا، ولكنه يتفق مع مذهب الجمهور.

أمـا الاعـتراض الأول الـذي يقـول إنـه ليس في الحديث ما يدل على تأخره عن الآية فيمكن تذكير المعترض بأن في الحديث ما يدل على تأخره.

أولا مـا فـيه مـن إمضـاء ثلـث الوصـية، ورد الزائد عليه، فإنا نعلم أن تحديد الوصية بالثلث لم يكن إلا في حجة الوداع، من خلال حديث سعد بن أبي وقاص، فإنه لو كـان معـروفا قـبل ذلـك لمـا أوصى سعد بجميع ماله، ولو كانت قصة الذي أعتق جميع عبـيده وقعت قبل ذلك لعلمها سعد، كما علمها غيره، فإن الشأن فيها أن لا تخفى، ولا شك أن آية الوصية نزلت قبل ذلك بكثير، كما سنراه، وقد أراد جابر أن يوصي لأخواته بالثلـث، فقـال له النبي صلى الله عليه وسلم : "أحسن، فسأله أن يوصي بالشطر، فقال لـه : أحسـن، فخرج عنه، فنزلت آية الفرائض" رواه أبو داود 119/3. وفي رواية مسلم، فقلـت : كيف أصنع في مالي يا رسول الله ؟ فنزلت : يوصيكم الله في أولادكم، للذكر مثل حظ الأنثيين الآية، النووي 58/7 وهو صريح في تأخر آية الفرائض عن آية الوصية.

وثانـيا جـاء في بعض طرق الحديث أن ورثة الرجل جاؤوا إلى رسول الله صلى اللـه علـيه وسـلم يشـتكون مـن تصرفه، فقال صلى الله عليه وسلم : أو فعل ذلك ؟ لو علمـنا إن شـاء اللـه مـا صـلينا علـيه[1]. ففي هذا دلالة على أن القصة وقعت بعد آية الفـرائض، وآيـة الفرائض متأخرة عن آية الوصية كما سبق، فيكون هذا الحديث متأخرا عن آية الوصية ناسخا لها.

وثالـثا فـإن عمـران بـن حصـين لم يسلم إلا عام خيبر في السنة السابعة[2]، وآية الوصـية نزلـت قـبل السنة الخامسة، كما يفهم من حديث ابن عباس، وعائشة في قصة أم سعد ابن عبادة، فقد خرج ابنها مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزوة دومة الجندل سنة خمس[3] فأدركتها الوفاة، فقال لها الحاضرون : أوصي، فقالت : فيم أوصي ؟ إنما

---

[1]- أخرجه أحمد، نيل الأوطار 42/6.

[2]- الإصابة 26/3.

[3]- انظر : الفتح 386/5.

المال مال سعد[1]، فقد كان أمر الوصية معروفا في أوساط المسلمين، يعلمه النساء وغيرهن، وذلك دليل تقدم نزول الآية عن هذا التاريخ.

وأما الاعتراض الثاني، وهو جعل الحديث هو المنسوخ بالآية لا العكس، فإنه لا يصح، لأنه ليس في الآية ما يدل على تأخرها عنه، كما ليس في الحديث ما يدل على تقدمه عليها، بل الأمر بالعكس، وهو أن الحديث هو المتأخر كما سبق.

وأما الاعتراض الثالث القائم على احتمال أن يكون الأنصاري حليفا في الأنصار، لا قرابة له، فإنه يرده ما جاء في الرواية السابقة عن أحمد : أنه له ورثة جاؤوا إلى النبي صلى الله عليه وسلم ولا يخلو حال من له ورثة من القرابة أن يكون له قرابة غير وارثين.

بالإضافة إلى أن الاعتماد على مجرد احتمال أن يكون لا قرابة له لرد الاستدلال بالحديث، والحكم بنسخه، يعتبر في حد ذاته قولا بغير دليل، يحرمه ابن حزم، فلا يليق به الالتجاء إليه.

كما أن اعتراض الجصاص باحتمال أن تكون أمه أعجمية، وأن يكون الرقيق الذين أعتقهم قرابته من أمه مردود، لأنه مجرد احتمال، لا دليل عليه، وهو أبعد مما قبله، لأنه احتمال مركب، مبني على احتمالين : احتمال كون الأم أعجمية، وكون العبيد كلهم قرابته من أمه، وهو بعيد بالنسبة للمجتمع العربي في عصر النبوة، حيث كانت العرب في فرقة، والعجم المحيطون بهم في قوة ومنعة، لا يتأتى معها استعباد هذا العربي لهذا العدد من العجم، ومن قرابة واحدة.

فلم يبق إلا ما قاله الشافعي، وهو أن هؤلاء الرقيق لم يكونوا من قرابته، وأن العرب لا تستعبد قرابتها من الجهتين، وإنما تملك من لا قرابة له، أو كان من العجم[2].

القول السابع أن الآية منسوخة بما دل عليه الإجماع وإن لم يتعين دليله[3]، لقاعدة أنه لابد للإجماع من مستند، يقول ابن العربي : وإن انعقد –يعني الإجماع-

---

1- انظر : المنتقى شرح الموطأ 144/6، الفتح 389/5.
2- انظر : الأم 104/5،الفتح 359/5.
3- الفتح 373/5.

علـى أثـر جـاز أن يكـون ناسخا، ويكون الناسخ الخبر الذي انبنى عليه الإجماع، وهذه مسـألتنا بعيـنها، فـإن الأمة إنما جمعت رأيها على إسقاط الوصية للوالدين لقول النبي صـلى الله عليه وسلم، لكنه درس، وبقي الإجماع الممهد المقطوع بصحته، أما أنه بقي ما يـدل علـيه في الحديـث الصحيح، وهو قول النبي صلى الله عليه وسلم: ألحقوا الفرائض بأهلها، فما أبقت القسمة فهو لأولي عصبة ذكر[1].

القـول الـثامن أنهـا منسـوخة بـتقريره صـلى الله عليه وسلم أصحابه على عدم الوصية، وعلى الوصية لغير الأقارب، فقد جاء في حديث سعد بن أبي وقاص أنه أوصى بماله كله في سبيل الله، وفي رواية للفقراء، فمنعه الرسول صلى الله عليه وسلم من الوصية بذلك، وبالنصف وبالثلثين، وأجاز له الثلث[2].

والحجة فيه أنه عليه الصلاة والسلام أنكر عليه الوصية بأكثر من الثلث، ولم ينكر علـيه جعـل الوصية لغير قرابته، فدل ذلك على نسخ الوصية للوالدين والأقربين، كما أن جماعة من الصحابة تركوا الوصية في حياته ولم ينكر عليهم، فدل ذلك على نسخ وجوب الوصـية جملـة، والصـحيح عـند الأصوليين جواز النسخ بتقريريه صلى الله عليه وسلم، كجوازه بفعله[3] وأن تقريره صلى الله عليه وسلم دليل الجواز للفاعل وغيره.

القول التاسع أنها منسوخة بفعله صلى الله عليه وسلم، فإنه لم يوص لأحد بشيء كمـا سـبق في أحاديـث عائشة، وابن عباس، وعبد الله بن أبي أوفى، ولو كانت الوصية واجـبة لكـان أسـبق الـناس إلـيها، ولما تركها، فلما تركها علم أنها غير واجبة، وأنها منسـوخة، ودلالـة الـترك علـى النسـخ كدلالـة الفعـل علـيه، كاستدلالهم بحديث : ترك الوضوء مما مسته النار : على نسخ الوضوء مما مست النار.

1- الناسخ والمنسوخ 19/2.

2- انظر نيل الأوطار 37/6.

3- البحر المحيط للزركشي 283/5.

الفرع الرابع:

في دعوى الإجمال :

يـرى أصحاب هذا الرأي أن آية الوصية غير منسوخة، وأن المقصود بها الوصية بتوريـث الوالديـن والأقـربين علـى حسب الفرائض المبينة، فالوصية المكتوبة في آية البقرة مجملـة في المقاديـر، وفي أعيان الأقربين، جاءت أولا مجملة، ثم بينت في آية : "يوصيكم الله في أولادكم"[1]، نظير آية : ﴿**للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون، وللنساء نصـيب ممـا تـرك الوالدان والأقربون مما قل منه أو كثر**﴾[2]، حين قررت مبدأ الإرث مجملا في مقاديره وأهله، ثم نزل بيانه في آية "يوصيكم الله في أولادكم".

وهو قول يرده :

1- يلـزم علـيه التكلـيف بالمحـال، وهـو تكلـيف مـن حضـره المـوت بالوصية للوالديـن والأقـربين بمـا فرضـه اللـه لهـم قبل علم المخاطب بذلك، فهو تكليف له بما لا يعـلمه، ولا يقدر على امتثاله، ولا يمكنه فعله، وذلك لا يجوز، أو لم يقع على الخلاف بين الأصوليين[3].

2- أنه يلزم عليه تأخير البيان عن وقت الحاجة، وهو لا يجوز إجماعا[4].

3- جعله آية المواريث بيانا لآية الوصية يقتضي أنه لا وصية بعد الميراث، لأن البـيان هـو عـين المبين، لا يختلف عنه إلا بالإيضاح والتفصيل الذي يزيد به على المبين، وهذا يرده ما تضمنته آية المواريث من بقاء العمل بالوصية بعد شرع المواريث، كما قال تعالى : من بعد وصية يوصي بها، خلافا لمن منعها مطلقا.

1- انظر : الرهوني 8/ 226، الفتح 373/5، البحر المحيط للزركشي 108/2.

2- من الآية 7 سورة النساء.

3- راجع المحلي 98/1، البحر المحيط 107/5.

4- نفس المرجع : المحلي 42/2، البحر المحيط للزركشي 107/5.

مناقشة الاستدلال بالحديث :

رد الجمهـور الاستدلال بحديث ابن عمر على وجوب الوصية للوالدين والأقربين، من وجوه :

أولا أنـه خـبر آحـاد فـيما تعم به البلوى، فلا تقوم به حجة، بناء على مذهب الحنفية من اشتراط التواتر فيما تعم به البلوى، وعدم قبول خبر الآحاد فيه[1].

ثانيا أنه خبر آحاد خالفه راويه، فلا يقبل، فإن عبد الله بن عمر راويه لم يوص، ومخالفة الراوي لما روى تقدح في المروي[2].

إلا أن الحافظ ابن حجر رد هذا الاعتراض من وجوه ثلاثة :

1- أن القـاعدة الأصـولية أن العـبرة بما رواه الراوي، لا بما رآه على الصحيح عند الأصوليين[3].

2- أنه معارض بما ثبت عنه من وقف بعض دوره.

3- أنه معارض بما روي عنه من قوله : لم أبت ليلة إلا ووصيتي مكتوبة عندي.

إلا أن هـذا لا يدفـع الاعـتراض، فـإن الوقـف الثابت عنه هو غير الوصية، لأن الوقف عطية في الحياة، والوصية عطية بعد الوفاة، والخلاف في الوصية، لا في الوقف.

كما أن قوله "لم أبت ليلة إلا ووصيتي مكتوبة عندي" لا يصلح لمعارضة ما ثبت عـنه مـن عـدم الوصية، لأن هذا قول كان يقوله في حياته، فلما حضره الموت وقيل له : ألا توصـي ؟، قال : أما مالي فالله يعلم ما كنت أصنع فيه، وأما رباعي فلا أحب أن يشارك ولدي فيها أحد[4].

فكانت العبرة بآخر الأمر، وبالفعل، لا بالقول.

1- بدائع الصنائع 330/7، المبسوط 143/14.

2- الفتح 359/5، وانظر المحلى 312/9.

3- نفس المرجع، وانظر البحر المحيط للزركشي 531/4.

4- أخرجه ابن المنذر وغيره بسند صحيح، الفتح 359/5.

ثالثا أنه محمول على من عليه حقوق، أو عنده أمانات لغيره[1].

رابعا أنه منسوخ بما نسخت به الآية، وأن ذلك كان في أول الإسلام، ثم نسخ[2].

خامسا منع دلالته على الوجوب.

أما رواية (لا يحل) فهي شاذة كما قال ابن عبد البر[3] والشاذ لا تقوم به حجة.

وعلى عدم شذوذها كما قال ابن حجر فالجواب عنها من وجوه[4] :

1- احتمال روايتها بالمعنى فلا تتم بها حجة، لأن الحجة في المحكي لا في الحكاية، كما يقول الأصوليون[5].

2- أن المراد بلا يحل لا يليق في مكارم الأخلاق والأدب[6].

3- احتمال أن يكون أراد بنفي الحل ثبوت الجواز بمعناه الأعم الشامل للواجب والمندوب والمباح، والأعم لا إشعار له بأخص معين، وثبوت الأعم لا يستلزم ثبوت الأخص، كما يقول الأصوليون والمناطقة[7].

وأما رواية (حق على كل مسلم) فهي وإن كانت ظاهرة في الوجوب، لاقتران لفظ الحق بكلمة على، فإن هناك قرينة أخرى تعارضها، وأقوى منها في الدلالة على عدم الوجوب، وهي قوله في الحديث (له شيء يريد أن يوصي فيه) ففوض الأمر إلى الموصي، ولو كانت الوصية واجبة لما علقها بإرادة الموصي، ولكانت واجبة، أرادها أو لم يردها، كسائر الواجبات، لا يتوقف وجوبها على إرادة المكلف.

بالإضافة إلى أن هذه الصيغة وردت في لسان الشرع لغير الوجوب في عدة أحاديث سبق بعضها، فلتكن هذه مثلها بقرينة (له شيء يريد أن يوصي فيه).

1- بدائع الصنائع، 330/7.
2- نفس المرجع والصفحة.
3- التمهيد 291/14، الفتح 357/5.
4- انظر : الفتح 358/5، نيل الأوطار 34/6.
5- حاشية البناني على المحلي 37/2.
6- انظر المحلي وحواشيه 23/2.
7- راجع تنقيح الفصول للقرافي، ص : 96.

ولأن حمل اللفظ المحتمل للوجوب والندب على الندب، أولى من حمله على الوجوب، لأن الأصل براءة الذمة، ولأنه القدر المحقق، والزائد مشكوك فيه، فلا يثبت مع الشك.

وأما رواية –ما حق امرئ- فالجواب عنها زيادة على ما سبق من وجهين :

1- أن الحق محتمل للواجب والمندوب، لإطلاقه عليهما، وقوله –يريد أو يوصي- قرينة على أن المراد الندب لا تعارضها قرينة أخرى في هذه الرواية، فيتعين حملها عليه، لعدم المعارض.

2- أن المراد به الحزم والاحتياط، لا الفرض والوجوب، قال الشافعي : يحتمل ما الحزم والاحتياط، ويحتمل ما المعروف في الأخلاق إلا هذا، لا من جهة الفرض[1].

وأما رواية لا ينبغي فإنها محمولة على أنه لا ينبغي في مكارم الأخلاق، ولا يليق بالمسلم ترك الوصية، بقرينة قوله : يريد أن يوصي فيه.

مناقشة الاستدلال بالآثار على وجوب الوصية :

كل ما ساقه ابن حزم ومن تبعه، ومن سبقه، من الآثار الدالة على وجوب الوصية لا تقوم بها حجة، ولا يتم بها الاستدلال، لوجوه :

1- أنها مجرد آثار موقوفة على الصحابة، أو مقطوعة من قول التابعين، ولا حجة في مقطوع إجماعا، ولا في موقوف على الصحيح عند الأصوليين بمن فيهم ابن حزم[2]، وما كان ينبغي له الاحتياج بها، وهو دائما يردد : لا حجة في قول أحد دون رسول الله صلى الله عليه وسلم.

2- أنها معارضة بمثلها، وأقوى منها، كما يأتي، كما أنها معارضة لسننه صلى الله عليه وسلم القولية، والفعلية، والتقريرية الدالة على عدم الوجوب، كما سبق، والمرفوع مقدم على الموقوف.

3- أنها غير صريحة في الدلالة على الوجوب، وقابلة للتأويل.

1- انظر : الأم الشافعي 243/5-92/2، معالم السنن 76/3.

2- انظر المحلي 205/2،المحلي 51/1.

أمـا أثـر ابـن عمـر فلا دلالة فيه على الوجوب صراحة، وإنما فيه أنه لم تمر عليه لـيلة إلا ووصـيته مكـتوبة عـنده، هكذا رواه مسلم[1]، وهذه العبارة وحدها لا تدل على الوجوب، وإنما تدل على المبادرة إلى الامتثال، والمواظبة عليه، وقد كان ابن عمر معروفا بحرصـه الشديد على التمسك بالسنة : واجبها ومندوبها، وأحيانا حتى المباح منها، فلا يـدل مجـرد الكـتابة علـى قولـه بوجوب الوصية، خاصة ونحن نقطع بأنه لم يترك وترا، ولا فجرا، فهل يدل ذلك على وجوبهما عنده ؟.

وإذا كـان فعـل الرسـول صلى الله عليه وسلم، ومواظبته على شيء وإظهاره في الجماعـة إنمـا يـدل علـى السـنية، دون الوجـوب إذا لم تكن قرينة تدل عليه، كما يقول الفقهاء[2]، فكيف يكون فعل غيره دليلا على الوجوب ؟.

ثـم هـو معـارض بمـا صح عنه أنه لم يوص عند موته، وعرض عليه ذلك فأبى[3]، وهـذا مقـدم، لأنـه آخـر أمـره، ثم هو فعل وذلك قول، والفعل أقوى من القول المجرد، لصـراحته، واحـتمال القـول للوجوب والندب، كما أنه على تسليم دلالته على الوجوب فـإن ذلك اجتهاد منه في فهم الحديث الذي رواه، لا يكون حجة على غيره، بناء على أن تفسير الراوي غير لازم لغيره[4].

وأمـا أثـر عـبد اللـه بـن أبـي أوفـى وطـلحة بـن مصـرف فإنهما لم يصرحا فيه بـالوجوب، وإنما فهمه من نسبه إليهما من حديث البخاري : أن طلحة سأل عبد الله بن أبي أوفى هل أوصى النبي صلى الله عليه وسلم ؟ فقال ابن أبي أوفى : لا، فقال طلحة : كـيف كـتب علـى الـناس الوصـية ؟ أو أمروا بالوصية ؟ فقال : أوصى بكتاب الله، استنبط بعضهم من هذا الحوار أن عبد الله بن أبي أوفى وطلحة بن مصرف كانا يعتقدان وجـوب الوصية، إلا أنه استنباط لم يرتضه ابن حجر فيما يبدو حين علق عليه بعد نقله، بقوله : كذا قال[5].

1- سبق تخريجه.
2- راجع الدسوقي على الشرح الكبير 312/1.
3- سبق تخريجه.
4- انظر المحلي 79/2.
5- انظر الفتح 361/5.

وأمـا أثر الزهري فلفظه جعل الله الوصية حقا فيما قل أو كثر، وهي عبارة غير صـريحة في الوجـوب، مـا دام الحق لفظا يطلق على الواجب والمندوب، ويستعمل فيهما، ولا قريـنة تصـرفه إلـى الوجوب، فيحتمل أن يقال بحمله على الندب، لأن الأصل براءة الذمـة، كمـا يحتمل أن يقال بإجماله لتردده بين الواجب والمندوب، وما احتمل واحتمل سقط به الاستدلال.

ويـبقى أثر طلحة والزبير –أنهما كانا يتشددان في الوصية- وهي عبارة ظاهرة في الوجوب، إلا أنه اجتهاد معارض باجتهاد غيرهما من الصحابة، وبما ثبت عن رسول الله صلى اللـه علـيه وسلم، قال النخعي : ما كان عليهما أن يفعلا ، توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم [1] فما أوصى.

كما أن أثر علي رضي الله عنه صريح في تحريم ترك الوصية، وهو يستلزم القول بوجوبهـا ، إلا أنـه أثر لا تعرف صحته، ثم هو مخالف لما روي عنه من الإفتاء بتركها لمن ترك قليلا ، ومخالف للسنة النبوية، ولآثار رويت عن صحابة آخرين.

مناقشة أدلة القول بعدم الوجوب.

وهي كما سبق الكتاب والسنة والإجماع والقياس والاستصحاب والأثر والنظر، ونبدأ مناقشتها على هذا الترتيب :

أولا - مناقشة الاستدلال بآية الوصية :

رد القائلون بوجوب الوصية استدلال الجمهور بآية الوصية على استحبابها وعدم وجوبهـا ، بمـنع دلالة الآية على ذلك، انطلاقا من لفظ المعروف، ولفظ المتقين، كما قالوا، ورأى هؤلاء أن لفظ المعروف ليس معناه الإحسان حتى يدل على الندب وينافي الوجوب، بـل معناه العدل الذي لا شطط فيه ولا تقصير، وهو بهذا التفسير لا يناقض الوجوب، بل يؤكده، كما في قوله تعالى : ﴿ **وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف**﴾[2]، كما أن لفـظ المـتقين لا يـدل علـى نفيها عن غيرهم، حتى يقال : تخصيصهم بها دليل على عدم وجوبها، وذلك لأمور :

---

[1]- التمهيد 385/5.

[2]- من الآية 233 سورة البقرة.

أ- أن لفظ المتقين لا يدل على نفيها عن غيرهم إلا بطريق مفهوم المخالفة، وهو مختلف في حجيته.

ب- أن لفظ المتقين ذكر لتهييج المخاطبين وحثهم على امتثال الأمر بإشعارهم أن الوصية شعار المتقين، فلا يكون لهذا القيد مفهوم مخالفة، لأنه لم يوت به للتقييد، نظير قوله تعالى : ﴿**اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا إن كنتم مومنين**﴾[1].

ج- بالإضافة إلى أن التقوى فريضة على كل مومن، وعلى كل مسلم أن يكون متقيا، وبذلك يدخل في عموم الآية، فلا تبقى خاصة بصنف من الناس، حتى يكون ذلك دليلا على عدم وجوبها، بحجة أن الفرائض يستوي فيها جميع المكلفين[2].

ثانيا- مناقشة الاستدلال بالسنة :

يمكن تلخيص الاعتراضات الموردة أو التي يمكن ورودها على الاستدلال بالسنة إلى ثلاثة أنواع : تضعيف بعضها، وتأويل بعض آخر، أو معارضته، ونبدأ بالسنة القولية الممثلة في أحاديث ابن عمر ما حق امرئ... وحديث (إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم...) والحديث القدسي (ابن آدم جعلت لك)، وحديث (جعلت لكم ثلث أموالكم)، فقد ضعف ابن حزم وغيره حديث إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم، كما رد رواية سليمن بن موسى : (جعلت لكم ثلث أموالكم زيادة في أعمالكم)، والحديث القدسي جعلت لك طائفة من مالك... بأنهما مرسلان[3].

أما حديث ابن عمر فقال فيه أنه يروى بلفظ (ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه)، كما يروى بزيادة (له شيء يريد أن يوصي فيه)، والروايتان صحيحتان، يجب العمل بكل منهما، فتجب الوصية بمقتضى الرواية الأولى لأنها مطلقة، ويجب عليه أن يريد الوصية بمقتضى الرواية الثانية المقيدة : له شيء يريد أن يوصي فيه[4].

1- من الآية 278 سورة البقرة.
2- أحكام القرآن للجصاص 146/1، التمهيد 292/14.
3- انظر المحلي 355/9.
4- نفس المرجع 312/9.

وكأنه بهذا التأويل ينحو إلى القاعدة الأصولية : أن المقدور الذي لا يتم الواجب المطلق إلا به واجب، لأنه لما كانت الوصية واجبة بالرواية الأولى، ولا يمكن تحقيقها إلا بإرادتها فإنه يجب عليه إرادتها، لتحقيقها. كما ينحو إلى قاعدة أخرى أن الجمع بين الروايات والأدلة واجب متى أمكن، وقد أمكن هنا على الوجه المذكور، فيعمل بهما ولا تقدم إحداهما على الأخرى.

إلا أن هذه الاعتراضات مردودة.

أما تضعيف حديث إن الله تصدق عليكم... فإنه لا يوافق عليه، لأن الحديث المذكور رواه عدة من الصحابة، رواه أبو بكر، وأبو هريرة، وأبو الدرداء، ومعاذ بن جبل، وأبو أمامة، وخالد بن عبد الله السلمي، وأخرج أحاديثهم مفرقة أحمد، وأبو داود، وابن ماجة. والدارقطني، والبيهقي، والبزار، والطبراني، وآخرون[1]. والقاعدة أن الأحاديث الضعيفة يقوي بعضها بعضا، ولذلك قال ابن عبد البر بعد إيرادها: وهي أحاديث حسان، وقال ابن حجر بعد رواية بعضها: وكلها ضعيفة لكن قد يقوي بعضها بعضا[2]، أما دعوى الإرسال في الحديث القدسي، والحديث الآخر جعلت لكم... من رواية سليمان فإن الإرسال غير قادح، والمرسل حجة عند الأئمة الثلاثة : مالك، وأبي حنيفة، وأحمد، وآخرين، وأقوى من المسند عند بعضهم[3]. كما أن التوفيق بين الروايتين في حديث ابن عمر برد رواية التقييد إلى رواية الإطلاق مخالف للقاعدة الأصولية من حمل المطلق على المقيد، إذا اتحد حكمهما وسببهما كما هنا اتفاقا، أو على الصحيح من الخلاف بين الأوصوليين، على أن هذا من باب زيادة الثقة، وهي مقبولة، ويجب تقييد المطلق بها اتفاقا عند الأصوليين[4].

وأما السنة الفعلية المتمثلة في أنه صلى الله عليه وسلم لم يوص فقد سلكوا مسلكين في رد الاحتجاج بها، الأول تأويلها، وحمل الوصية المنفية في أحاديث عائشة، وابن عباس، وعبد الله بن أبي أوفى على الوصية بالخلافة التي يدعيها الروافض، وأنه

1- انظر نيل الأوطار 38/6.

2- انظر التمهيد 303/14، سبل السلام 132/3، صحيح ابن ماجة 11/2.

3- انظر المحلى 105/2.

4- راجع مراقي السعود 267/1، البحر المحيط للزركشي 5/11-29.

صلى الله عليه وسلم أوصى بالخلافة لعلي رضي الله عنه من بعده، فرد عليهم هؤلاء الصحابة بأنه صلى الله عليه وسلم لم يوص[1].

أما حديث عائشة فقد أيد بعضهم تأويله بذلك، بحديث البخاري بسنده عن الأسود قال : ذكروا عند عائشة رضي الله عنها أن عليا كان وصيا، فقالت متى أوصى إليه ؟ وقد كنت مسندته إلى صدري، أو قالت حجري، فدعا بالطست، فلقد انخنث في حجري، فما شعرت أنه مات، فمتى أوصى إليه ؟[2].

ففي هذا الحديث تصريح بأن الوصية التي نفتها هنا هي الوصية بالخلافة، فيحمل حديثها الآخر في نفي الوصية بلفظ عام (ولا أوصى بشيء) على الوصية بالخلافة، جمعا بين الدليلين، بحمل العام على الخاص[3].

كما أيد هذا التأويل في حديث عبد الله بن أبي أوفى بما زاده الدارمي، وابن ماجة، وأبو عوانة في آخر حديثه، قال طلحة : فقال هزيل بن شرحبيل : أبو بكر كان يتأمر على وصي رسول الله صلى الله عليه وسلم، فدلت هذه الزيادة على أن الوصية التي سئل عنها ونفاها هي الوصية بالخلافة[4].

إلا أن هذا التأويل للحديثين معا هو تأويل بعيد ترده القواعد الأصولية وسياق الحديثين :

1- بالنسبة لحديث عائشة رضي الله عنها الذي تقول فيه : ولا أوصى بشيء، هو عام يشمل الوصية بالخلافة والمال، لأن كلمة شيء نكرة في سياق النفي فتعم... وقولها في الحديث الآخر : متى أوصى إليه ؟ هو خاص في نفي الوصية بالخلافة، فلا يصح حمل النفي العام على خصوص نفي الوصية بالخلافة، ولا يصح جعل الثاني قرينة على ذلك، للقاعدة الأصولية : أن ذكر بعض أفراد العام بحكم العام لا يخصصه على الصحيح، بل يبقى على عمومه لعدم التعارض بينهما.

---

[1]- انظر المحلي 313/9، الفتح 361/5.

[2]- أخرجه البخاري، انظر الفتح 356/5.

[3]- المحلي 26/2.

[4]- انظر الفتح 361/5.

على أن قولها في حديث مسلم -ما ترك رسول الله صلى الله عليه وسلم درهما، ولا دينارا، ولا شاة، ولا بعيرا، ولا أوصى بشيء- قرينة واضحة على أن الوصية التي نفتها في هذا الحديث، هي الوصية بالمال، لا بالخلافة، وإن ثبت عنها نفيها في حديث البخاري، لأنه لا علاقة بين كونه لم يترك مالا، وبين الخلافة، حتى يصح ترتيب نفي الوصية بالخلافة على عدم تركه شيئا من المال، بخلاف الوصية بالمال فإن هناك مناسبة بين تركها، وبين كونه لم يترك مالا، يصح ترتيبها عليه، فكأنها تقول : لم يوص بشيء لأنه لم يترك شيئا يوصي فيه، لا درهما ولا دينارا... فاستقام الكلام بهذا المعنى، ولا يستقيم لو قالت لم يوص بالخلافة لأنه لم يترك مالا...

فبان أن حمل الوصية في حديث مسلم على الوصية بالخلافة بعيد يأباه السياق ويرده.

2- وكذلك بالنسبة لحديث عبد الله بن أبي أوفى، فإن الزيادة المشار إليها سابقا لا يصح أن تكون قرينة على إرادة الوصية بالخلافة، كما قيل، لسببين :

أولا : أنها معارضة بما جاء في رواية أخرى أخرجها ابن حبان بلفظ : سئل ابن أبي أوفى هل أوصى رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ قال : ما ترك شيئا يوصي فيه[1]، وهي واضحة في أن الوصية التي سئل عنها ونفاها هي الوصية بالمال. لأنها التي قال الله فيها : ﴿**كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا، الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف**﴾[2] أما الوصية بالخلافة فلا يصح أن يقال فيها كيف كتب على الناس ؟ لأنها لم تكتب عليهم، ولم يومروا بها، ولا يملكونها، لا يسأل عنها ولا يصح حمل الحديث عليها. ثانيا أن قوله ما ترك شيئا يوصي فيه دليل قاطع على أنه أراد الوصية بالمال لا الوصية بالخلافة كما سبق توضيحه في حديث عائشة.

يضاف إلى هذا وذاك أن الوصية في العرف هي الوصية بالمال، واللفظ يجب حمله على معناه العرفي حتى يدل الدليل على خلافه، ولا وجود له هنا، بل الموجود هو الدليل الدال على إرادة الوصية بالمال، وعليها حمله النووي.

1- نفس المرجع 361/5.

2- الآية 181 البقرة.

المسلك الثاني الذي سلكوه لرد هذه الأحاديث هو مسلك المعارضة، حيث عارضوا أحاديث نفي الوصية بأحاديث أخرى تدل على أنه صلى الله عليه وسلم أوصى، وهي أحاديث لا تصلح لإثبات ما نفته عائشة، وابن عباس، وابن أبي أوفى رضي الله عنهم في أحاديثهم السابقة، كما يتبين من مناقشتها، وهي :

1- حديث إنا معشر الأنبياء لا نورث ما تركنا صدقة[1]، قال ابن حزم بعد احتجاجه بهذا الحديث، فهذه وصية صحيحة بلا شك، لأنه أوصى بصدقة كل ما يترك إذا مات، وإنما صح الأثر بنفي الوصية التي تدعيها الرافضة إلى علي فقط[2].

إلا أنه رغم صحة هذا الحديث، عند أهل السنة فإن الاحتجاج به لوجوب الوصية لا يتم، وقد أشار ابن عبد البر إلى رد ذلك من وجوه حيث يقول : إنه صلى الله عليه وسلم ليس كأحد من أمته في هذا، لأن ما تخلفه هو صدقة، وإذا كان صدقة فكيف يوصي منه بثلث، أو كيف يشبه في ذلك بغيره ؟ وغيره لا تجوز له الوصية إلا بالثلث، ووجه آخر وهو قول الله تعالى : إن ترك خيرا، ورسول الله صلى الله عليه وسلم لم يترك دينارا ولا درهما، ولا بعيرا ولا شاة اهـ بتصرف[3]، وخلاصته :

1- أن ما فعله الرسول صدقة في الحياة، وليس وصية، لأنها تكون بعد الموت.

2- أن الوصية تكون في حدود الثلث، والظاهرية لا يجيزونها بأكثر ولو أجازها الورثة، فلا يليق بهم الاستدلال به، وهم أول من يخالفه.

3- أنه صلى الله عليه وسلم لم يترك شيئا، فلا وصية عليه، ولا يتناوله الخطاب بها، لقوله تعالى : (إن ترك خيرا) وهو لم يترك خيرا.

يضاف إلى هذا أنه حتى لو سايرناهم في أن هذه وصية، وأن من خصائصه صلى الله عليه وسلم الوصية بجميع المال، كما قال ابن عبد البر[4]، أو لأنه لا وارث له فتجوز له الوصية بجميع المال، كما يمكن للأحناف أن يقولوه، فإن الاحتجاج بالحديث لا

1- متفق عليه، نيل الأوطار 36/6.
2- المحلي 313/9.
3- انظر : التمهيد 294/14.
4- راجع التمهيد 294/14.

يتم، لأن هذه الوصية هي وصية لغير الأقربين الذين لا يرثون، فالحديث حجة عليهم في عدم وجوبها للقرابة، خاصة وأنه صلى الله عليه وسلم ترك قرابته، ولم يوص لأحد منهم بشيء من ماله إجماعا.

الحديث الثاني، ما رواه ابن إسحاق في السيرة أنه صلى الله عليه وسلم أوصى للاشعريين، والداريين والسبائيين والرهاويين بجاد مائة وسق من خيبر[1].

وهو أيضا لا تقوم به حجة، ولا يصلح للمعارضة، لوجوه :

أولا : لأنه من رواية ابن إسحاق، وهو مختلف في تعديله وتجريحه، جرحه مالك ووثقه أحمد، والجرح مقدم.

ثانيا : لأنه مرسل يرويه عبيد الله بن عتبة بن مسعود، ولم يدرك النبي صلى الله عليه وسلم والمرسل مختلف في حُجِّيته، وهو أضعف من المتصل على الأصح عند القائلين بحجيته[2].

ثالثا : لأن أحاديث النفي متفق على صحتها، فتقدم عليه ولا يلتفت إليه معها.

رابعا : ثم هي وصية لغير الوالدين والأقربين، فلا حجة فيها للقول بوجوب الوصية للوالدين والأقربين غير الوارثين، ولا مجال للقول هنا بتقديم الخاص على العام، أو المثبت على النافي، كما قد يقول قائل، لأن محل القاعدتين عند تساوي الأدلة في الصحة والثبوت.

خامسا : أن أرض خيبر كان الرسول صلى الله عليه وسلم حبسها في حياته، كما جاء في حديث البخاري : ما ترك رسول الله صلى الله عليه وسلم عند موته درهما ولا دينارا، ولا عبدا، ولا أمة إلا بغلته البيضاء، وسلاحه، وأرضا جعلها صدقة[3]، وإذا حبسها فكيف يوصي فيها ؟.

1- سيرة ابن هشام، 407/3 الفتح 362/5.

2- انظر سيرة ابن هشام. 407/3-الفتح 362/5.

3- انظر إرشاد الساري للقسطلاني 81/5،الفتح 360/5.

الحديث الثالث حديث الذهبية الذي رواه أحمد وابن سعد، وابن خزيمة عن عائشة رضي الله عنها، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لها في وجعه الذي مات فيه : ما فعلت الذهبية ؟ قلت عندي : قال : أنفقيها، وفي رواية ابعثي بها إلى علي ليتصدق بها[1].

وهو أيضا لا حجة فيه، ولا يعارض أحاديث النفي :

1- لأن هذه عطية بتلها في حياتها، وهي وإن كانت تعطى حكم الوصية، فإنها ليست وصية، وسبق الرد على من أدخلها في تعريف الوصية، ولذلك قالت عائشة أنه لم يوص بشيء، مع علمها بأمر الذهبية، لأنها لا تعد وصية.

2- أنها عطية لغير الأقربين، فلا يصح الاحتجاج بها لوجوب الوصية للقرابة الذين لا يرثون.

3- أن الذهبية فيما نظن كانت من مال الفيء، ولم تكن من ماله صلى الله عليه وسلم، وتفريق الفيء لا يعد وصية، إنما الوصية التبرع بالملك الخاص.

الحديث الرابع وصيته بإجازة الوفد بما كان يجيزهم، رواه مسلم[2].

وهو أيضا لا يعارض أحاديث النفي، لأن الوصية بإجازة الوفود بنحو ما كان يجيزهم هي بمعنى الأمر بإجازتهم من بيت المال، وليست وصية بإجازتهم من ماله صلى الله عليه وسلم، لأنه لم يترك شيئا. أو كل ما تركه صدقة، فلا يبقى له حق التصرف فيه بعد التصدق به في حياته.

وكذلك ما ثبت من وصاياه الأخرى غير المالية فإنها لا تعارض أحاديث النفي، لاختلاف الموضوع، ولأن الخلاف إنما هو في الوصية بالمال، وأما الوصية بغير المال فثابتة بالإجماع، ولا يسع أحدا إنكارها. والذي تطمئن إليه النفس، وتوجبه القواعد الأصولية، أنه صلى الله عليه وسلم لم يوص بشيء من المال لأحد. كما تدل على ذلك أحاديث النفي، بالإضافة إلى أن الوصية دون الصدقة في الأجر، وقد عاب الرسول صلى

1- انظر الفتح 362/5.

2- أخرجه مسلم وغيره، انظر الفتح 361/5.

الله عليه وسلم من ترك الصدقة في حياته وصحته، ويوصي بها عند مماته، فيكف يترك الأفضل، ويفعل المفضول ؟ وكيف يعيب الشيء ويرتكبه، زيادة على أنه صلى الله عليه وسلم قال : ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده، ونحن نقطع أنه قال ذلك قبل موته بكثير، والمتكلم داخل في عموم كلامه، كما يقول الأصوليون، فلو كانت الوصية واجبة لكان أحق الناس بكتابتها حتى لا يكون من الذين قال الله فيهم : ﴿**لم تقولون ما لا تفعلون**﴾[1]، ولو كتبها لما اختلف فيها.

ولعل هذه أقوى حجة على أنه صلى الله عليه وسلم لم يوص، لم يتنبه إليها أحد فيما علمت.

السنة التقريرية :

أجاب القائلون بوجوب الوصية مطلقا، أو للوالدين والأقربين الذين لا يرثون عن سكوت النبي صلى الله عليه وسلم عن الإنكار على من مات من أصحابه ولم يوص، بأن سكوته كان لعدم الفائدة في الإنكار بعد الموت، لانقطاع التكليف به، ولم يكن سكوته تقريرا لعدم الوصية، فلا يصح الاستدلال به على عدم الوجوب[2].

وهو جواب مردود من وجهين :

1- أن حكمة الإنكار وفائدته لا تختص بالتارك، كما أن فائدة التقرير لا تختص بالفاعل، كما يقول الأصوليون[3].

1- من الآية 2 سورة الصف.

2- انظر الفتح 390/5.

3- انظر المحلي 59/2.

2- ما ثبت عنه صلى الله عليه وسلم من الإنكار بعد موت الفاعل، فقد أنكر على من أعتق جميع مماليكه عند الموت، وقال له قولا شديدا[1]، وأنكر على الغال غلوله، بعد موته[2]، وعلى من مات ولم يترك وفاء بدينه[3]، وعلى قاتل نفسه[4]، وغير هؤلاء ليعلم الناس حكم ما فعله هؤلاء.

مناقشة الاحتجاج بالإجماع والقياس والأثر والنظر.

الاحتجاج بالإجماع على عدم وجوب الوصية رده القائلون بالوجوب بأنه إجماع غير صحيح، ولا تام، فقد خالف في ذلك جماعة كما سبق، وحتى ابن البر الذي حكاه معترف بوجود الخلاف، فلا تصح دعوى الإجماع، وأما الاستصحاب فهو في أصله أضعف الأدلة عند القائلين به. لا يصار إليه إلا عند عدمها، ولا تقوم به حجة إذا وجد ما يخالفه. كما أن استصحاب حال الإجماع في محل النزاع لا يعتد به عند جمهور الأصوليين[5]، أما القياس المتمثل في قياس الوصية على العطية في الحياة فقد رده بعض المتأخرين، بأنه لا مانع من أن تكون العطية بعد الموت واجبة، وفي حال الحياة غير واجبة، ونسبه لنيل الأوطار[6]، وهو اعتراض كما ترى، لا يرتكز إلى سند علمي أصولي، فإن القياس حجة شرعية إذا ثبت لا يتم القدح فيه إلا بطرق معلومة ومنهجية، ولا يمكن رده بهذه السهولة، لا مانع من ... لأن القياس نفسه دليل، وهو المانع من التفرقة بين المتماثلين، أو الجمع بين المتناقضين، فعلى من يدعي خلاف مقتضى القياس أن يأتي بالدليل، ولا يكفيه القول : لا مانع، كما أن إحالته على نيل الأوطار غير صحيحة، فإنه لا وجود له فيه حسب النسخ التي وقفت عليها.

وأما الاستدلال بالآثار فقد رده ابن حزم بأنها آثار ضعيفة، وما صح منها لا دلالة فيه، ومعارض بآثار أخرى، فيجب طرحها والرجوع إلى كتاب الله وسنة رسوله[7].

1- سبق تخريجه.

2- أخرجه الترمذي 78/3.

3- أخرجه الترمذي وقال حديث حسن 165/2.

4- أخرجه الترمذي وقال حسن صحيح 266/2.

5- المحلى 203/2.

6- أحكام الوصايا والوقف للدكتور. فراج ص : 35.

7- المحلى 313/9.

المطلب الثاني :

في إخراج الوصية إذا لم يوص بها الميت.

اتفق الفقهاء القائلون بوجوب الوصية، والقائلون بعدم وجوبها، على أن الوصية تفوت بالموت، وأن الإنسان إذا مات ولم يوص لا يلزم ورثته أن يخرجوا من تركته شيئا يعطونه لقرابته، أو لغيرهم، واستحبوا لهم التصدق عنه بشيء، ولم يوجبوا ذلك، وإن اختلفوا في تأثيمه بترك الوصية، وعدم تأثيمه، بناء على اختلافهم في الوجوب وعدمه، فمن أوجب الوصية قال يأثم بتركها، ولا تخرج من تركته، ومن استحبها قال لا يأثم ولا تخرج من تركتها.

وشذ ابن حزم فقال من مات ولم يوص لقرابته ففرض على ورثته أن يتصدقوا عنه بشيء، وأن يعطوا لقرابته الذين لا يرثونه شيئا، مما تطيب به نفس الورثة أو الوصي[1]، ونحن في هذا المطلب نورد ما نراه دليلا للجمهور، ثم نورد حجج ابن حزم ونناقشه فيها، ونبدأ أولا بما نراه دليلا للجمهور وهو الكتاب والسنة والإجماع.

1. الكتاب :

أما الكتاب فهناك نصوص قرآنية في سورة النساء، والبقرة، والمائدة تدل على ذلك دلالات واضحة.

أما التي في النساء فقوله تعالى في آيتي الميراث [2]: ﴿**من بعد وصية يوصي بها أو دين**﴾[3] وقوله : ﴿**من بعد وصية توصون به أو دين**﴾[4]، ﴿**من بعد وصية يوصين بها**﴾[5]، ﴿**من بعد وصية يوصي بها أو دين غير مضار**﴾[6] فهذه أربعة نصوص قرآنية تشترط في تنفيذ الوصية، وإخراجها من التركة وجودها، ووقوع الإيصاء بها من الميت،

1- أنظر المحلي 9/313-314.
2- من الآية : 11 سورة النساء.
3- من الآية : 11 سورة النساء.
4- من الآية : 12 سورة النساء.
5- من الآية : 12 سورة النساء.
6- من الآية : 12 سورة النساء.

في حياته قبل موته، وذلك واضح جدا من التعبير القرآني، وصية يوصي.. يوصين، توصون. فأسند الفعل في جميع ذلك إلى الهالك، وأضاف الوصية إليه، وجعلها من فعله. فدل بمفهومه على أن الوصية التي لا يوصى بها الميت في حياته لا تخرج من التركة بعد وفاته. ولا تنفذ، لأنها معدومة، وغير موجودة، والمأمور بتنفيذه ما كان موجودا.

وهذه حجة قاطعة، لا يسع أحدا إنكارها، وما كنت أظن أحدا يجادل فيها، حتى فوجئت بما كتبه بعضهم من أن المراد بالإيصاء في هذه المواضع الثلاثة –بحسابه هو- هو الإيصاء بالقوة في حال ما إذا لم يقع إيصاء من الميت بالفعل[1].

وهو تحريف لمعاني القرآن، وسوء فهم لنصوصه، وخطأ في عد ألفاظه، وجهل باللغة وقواعدها، ومبادئ الشريعة وأصولها، يكفي في رده التذكير بما يلي :

1- أن المراد بالإيصاء في المواضع الأربعة – لا الثلاثة كما قال- هو الإيصاء بالفعل، وهو الذي فهمه الرسول صلى الله عليه وسلم والمسلمون منذ نزول الآية، وهو المفهوم من إسناد الفعل إلى الفاعل في اللغة العربية. ولهذا يقولون : الفاعل من فعل الفعل، ولا يقولون الفاعل من أمكن وقوع الفعل منه.

2- أن حمل الإيصاء في الآية على الإيصاء بالقوة يحتاج إلى دليل، لأنه مجاز ولا قرينة عليه في الآية، ولا دليل من خارج الآية، كما أنه يؤدي إلى الجمع بين الحقيقة والمجاز في آن واحد، وهو ممنوع عند البيانيين وكثير من الأصوليين.

3- مدار الشريعة الإسلامية ومناطها هو الأفعال الصادرة من الإنسان، والواقعة منه فعلا، لا بالقوة، فلا يحد الزاني إلا إذا زنا بالفعل، ولا يقطع السارق إلا إذا سرق بالفعل، ولا يقتل القاتل إلا إذا قتل بالفعل... ولو كان الإمكان بالقوة معتبرا في الشريعة لوجب إقامة الحد على كل إنسان، لأنه زان بالقوة وسارق بالقوة، ولهذا يقول الأصوليون : الحكم خطاب الله المتعلق بفعل المكلف، ويقولون لا تكليف إلا بفعل، والمقصود بالفعل في الجميع هو الحدث الواقع في الخارج، والأثر المترتب عن الفعل بمعناه المصدري.

---

[1]- الوصية الواجبة في الإسلام للنقشاني ص : 38.

4- الوصية تصرف من التصرفات المفيدة للملك، فهي سبب من الأسباب الناقلة للملك في حق الموصي. والموجبة له في حق الموصى له، والأسباب الشرعية لا يترتب عليها أثر إلا بعد وجودها بالفعل، ولا يكفي وجودها بالقوة، ولهذا يقول الأصوليون: السبب ما يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم[1]، ويقول الفقهاء والأصوليون: لا يحصل المسبب والسبب غير حاصل، كما أنها باعتبارها مأمورا بها، أو منهيا عنها تعتبر من متعلقات الحكم التكليفي، والأحكام التكليفية الشرعية لا تتعلق إلا بالأفعال الموجودة، كما سبق في تعريف الحكم عند الأصوليين، لهذا يقولون لا تكليف إلا بفعل.

فسبحان الله العليم الخبير، لقد علم أنه سيأتي من يفتري عليه، ويلزم الناس بوصايا وهمية لم يوصوا بها، فأكد في هاتين الآيتين على طبيعة الوصية المأمور بإخراجها وصفتها، فكرر الفعل، وأسنده للهالك في كل مرة، يذكر فيها الوصية، ولم يقل من بعد وصية أو دين، مع ما فيه من الإيجاز المناسب لإعجاز القرآن، بل سلك مسلك الاطناب الذي هو لون أخر من ألوان إعجاز القرآن، لما علمه الله من الحاجة إلى هذا التأكيد لدفع كل احتمال يلجأ إليه زائغ أو منحرف، ولمنع كل تأويل أو تعسف تحمل عليه الآية الكريمة أو تؤول عليه من غير دليل صحيح.

ندع هذا ونعود لما في البقرة من الأدلة الدالة على اشتراط الإيصاء بالفعل في الوصية المأمور بها، وذلك في قوله تعالى : ﴿**كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا، الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف، حقا على المتقين، فمن بدله بعد ما سمعه فإنما إثمه على الذين يبدلونه، إن الله سميع عليم، فمن خاف من موص جنفا أو اثما فأصلح بينهم فلا إثم عليه**﴾[2].

والحجة في هذه الآيات من وجوه عدة :

1. أن المراد بالوصية هنا هو الإيصاء بالفعل (لا بالقوة) أي إنشاء الوصية وإيقاعها، لأن معنى كتبها فرضها وإيجابها، ولا تكليف إلا بفعل كما سبق، ولما كتب

---

[1]- راجع تنقيح الفصول ص : 81، والبحر المحيط للزركشي، 6/3، إيضاح المسالك ص : 266.

[2]- الآيات : 180-181-182 البقرة.

الله هذا الإيصاء عُلِمَ أنه لا تكون وصية بدون إيصاء، كما دلت على ذلك آيتا المواريث حسبما سبق.

بالإضافة إلى أنه لو كانت الوصية تنفذ من غير إيصاء بها لما أمر بها المحتضرين، كما لم يأمرهم بتوريث ورثتهم، ولم يقل لهم كتب عليكم توريث أولادكم... فتغيير الأسلوب بين آية الفرائض. وآية الوصية دليل على أن الإرث حق للوارث بغير إرادة المورث، ولا وصيته به، وأن الوصية حق للموصى له، يتوقف على إيصاء الميت له به.

والوجه الثاني والثالث قوله تعالى : "فمن بدله بعدما سمعه"، فإن هذا يدل دلالة واضحة على أن هناك ايصاء ووصية تكلم بها الموصي وسمعها منها الشهود والوصي المكلف بتنفيذها، ضرورة أن السماع يتعلق بالأصوات، والكلام المتلفظ به فعلا، لا بالقوة، ووصية لم يتكلم بها الموصي يستحيل سماعها، وتنفيذها، لعدم وجودها، كما أن كلمة بدله تقتضي وجود وصية لا يجوز تبديلها.

والوجه الرابع قوله تعالى : ﴿**فمن خاف من موص**﴾ فإنه يقتضي وجود إيصاء بالفعل، للقاعدة الأصولية : إن اسم الفاعل حقيقة في الحال، أي حال التلبس بالفعل والاتصاف [1].

فالآية كما ترى تتحدث عن وصية فعلية موجودة. أوصى بها الموصي في حياته قبل موته توجب تنفيذها وتحرم تبديلها، وإذا لم تكن وصية، فلا تنفيذ ولا تبديل، ولا جنف ولا إثم.

وأما آية المائدة فهي قوله تعالى : ﴿**شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم إن أنتم ضربتم في الأرض فأصابتكم مصيبة الموت**﴾[2].

ووجه الدلالة فيها أنه سبحانه أمر بالإشهاد على الوصية ليقع التأكد منها والشهادة لا تكون إلا على موجود، ولا تكون على معدوم، كما أمر بتحليف الشهود،

1- راجع المحلي 146/1.
2- من الآية : 106 المائدة.

للتأكد من صدقهم فيما يشهدون به من الوصية، واليمين لا تكون إلا على واقع محقق، وإلا كانت غموسا محرمة وكبيرة، لا يأمر الله تعالى بها، كما قال تعالى : ﴿**قل إن الله لا يأمر بالفحشاء**﴾[1]، فدل ذلك على أنه لا تقبل ولا تنفذ إلا الوصية الصادرة من الموصي في حياته قبل موته، والثابتة بالبينة الصادقة، ولو كانت الوصية تنفذ بغير إيصاء لما أمر بالإشهاد عليها، وتحليف الشهود عليها، ولأمر بإخراجها من غير ذلك، كما أمر بإخراج الميراث.

وأما السنة فهناك عدة أحاديث تدل على أن الوصية تفوت بالموت، وأنه لا حق لأحد في تركة الميت إلا إذا أوصى له الموصي في حياته، نكتفي بذكر ما يلي :

حديث جابر بن عبد الله قال : جاءت امرأة سعد بن الربيع بابنتيها من سعد إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقالت : يا رسول الله، هاتان ابنتا سعد بن الربيع، قتل أبوهما معك يوم أحد شهيدا، وأن عمهما أخذ مالهما، فلم يدع لهما مالا، ولا تنكحان إلا ولهما مال، قال يقضي الله في ذلك، فنزلت آية الميراث، فبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى عمهما، فقال : أعط البنتين الثلثين، واعط أمهما الثمن، وما بقي فهو لك[2].

والحجة فيه من وجهين :

الأول أن العم أخذ جميع التركة، ولم يدع شيئا من المال للبنتين قبل نزول آية الميراث، ولم يأمره الرسول صلى الله عليه وسلم بإخراج شيء من تركة سعد، وإعطائه لقرابته، فدل ذلك على أنه لا تنفذ الوصية إلا إذا أوصى بها الميت، لأنها لو كان واجبا إخراجها بدون إيصاء لأخرجها العم، ولأمره بها الرسول صلى الله عليه وسلم، لقاعدة أنه لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة.

والوجه الثاني أن النبي صلى الله عليه وسلم بعد نزول آية الميراث أمره بإعطاء البنتين الثلثين والآم الثمن، وأخذ الباقي لنفسه، ولم يأمره بإخراج سهم الوصية، فدل ذلك على عدم وجوبه، وإلا لذكره، لامتناع تأخير البيان عن وقت الحاجة.

1- من الآية 28 سورة الأعراف.

2- سبق تخريجه.

الحديث الثاني ما روي أن زوج أم كجة توفي، وترك ثلاث بنات، فأخذ ابنا عمه تركته، فاشتكت أم كجة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال لهما الرسول صلى الله عليه وسلم : انصرفا حتى أنظر ما يحدث الله لي فيهن، فأنزل الله آية الميراث : "للرجال نصيب مما ترك الوالدان والآقربون"، فأرسل إليهما أن لا تفرقا من مال أوس شيئا، فإن الله جعل لبناته شيئا، ولم يبين كم ؟ حتى أنظر ما ينزل ربنا، فنزلت (يوصيكم الله في أولادكم)، فأرسل إليهما أن أعطيا أم كجة الثمن مما ترك أوس، ولبناته الثلثين، ولكما بقية المال[1].

والحجة فيه من وجهين مثل الأول، وهو أنه لم يأمر ابني العم بإخراج سهم الوصية، قبل نزول الفرائض. ولم يأمر بها بعد نزول الفرائض، ولو كانت واجبة الإخراج لأمر بإخراجها، لامتناع تأخير البيان عن وقت الحاجة، للعلم بأن الوصية كانت قد شرعت قبل ذلك.

ولعل في قوله عليه السلام أولا "لا تفرقا شيئا من مال أوس" وقوله ثانيا "أعطيا أم كجة الثمن مما ترك" ما يسد الباب في وجه من يريد أن يقول : إن هذه القسمة بعد إخراج الوصية، لأنه منعهما من إخراج أي شيء قبل القسمة، وبعدها أمرهما بإعطاء البنتين الثلثين من جميع التركة، فلم يخرجا الوصية.

الحديث الثالث حديث (المحروم من حرم وصيته) [2].

ووجه الدلالة فيه أنه ظاهر في فواتها بالموت، ولا تنفذ بعده بدون إيصاء منه، لأنها لو كانت تنفذ وإن لم يوص بها لما كان تاركها محروما، لأمكان استدراكها بعد موته، بإخراجها عنه كقضاء دينه، فلا يكون محروما بتركها، وهو خلاف نص الحديث.

الحديث الرابع حديث رافع بن خديج (أن جده هلك وترك غلاما حجاما، وناضحا، وأرضا وأمة، فأمر النبي صلى الله عليه وسلم أن يجعل كسب الحجام في علف الناضح، ونهى عن كسب الأمة، وقال في الأرض : ازرعوها أو أزرعوها) [3].

---

[1]- أسباب النزول للواقدي ص : 82، الجامع لأحكام القرآن 31/6، الإصابة في تمييز الصحابة 487/4.

[2]- سبق تخريجه، وانظر التمهيد 303/14.

[3]- أخرجه أبو داود الطيالسي في مسنده ص : 130.

فهذه تركة ميت بكاملها، تركها الرسول صلى الله عليه وسلم لورثته، وأرشدهم إلى طرق استغلالها، ولم يأمرهم بإخراج جزء منها وصية، ولو كان إخراج بعض التركة واجبا لأمرهم به وبينه لهم، لامتناع تأخير البيان عن وقت الحاجة.

الحديث الخامس، حديث سعد الأطول (أن أخاه ترك ثلاثمائة درهم، وترك عيالا، قال: فأردت أن أنفقها على عياله، فقال صلى الله عليه وسلم : إن أخاك محتبس بدينه، فاقض عنه، فقال : يا رسول الله قد أديت عنه إلا دينارين ادعتهما امرأة، وليس لها بينة قال: فأعطها، فإنها محقة) [1].

والحجة فيه من وجهين أيضا :

أن سعدا قرر إنفاق التركة كلها على العيال، ولم يخرج منها وصية، مما يدل على أنه لم يكن معروفا عندهم إخراج الوصية عن الموصي بدون إيصاء، فإنه لو كان ذلك معروفا لبادر لإخراجها، لما عرف به الصحابة من المبادرة لأداء الواجبات، وعدم التفريط فيها.

أنه صلى الله عليه وسلم أمره بإخراج الدين، وأخبره أن أخاه مرتهن بدينه، ولم يأمره بإخراج الوصية، ولم يخبره أن أخاه مرتهن بوصيته، وكلاهما مقدم على الإرث، وواجبان عند ابن حزم، فلو كانت الوصية واجبة الإنشاء والتنفيذ، وإن لم يوص بها الموصي لأمره الرسول صلى الله عليه وسلم بإخراجها، كما أمره بإخراج الدين الذي على أخيه، لامتناع تأخير البيان عن وقت الحاجة.

إلا أنه قد يقال : أن الوصية قبل الدين، ولذلك أمره بقضاء الدين، ولم يأمره بإخراج الوصية، لكن الظاهر من السياق أن التركة كانت أكثر من الدين، ألا ترى أنه قضى جميع الدين وبقيت بقية، قضى منها المرأة، ولم يخرج الوصية مما بقي قبل قضاء الوصية، ولم يأمره بإخراج الوصية بعد القضاء، فدل ذلك على عدم وجوبها.

الحديث السادس، حديث (من ترك مالا فلورثته، ومن ترك ضياعا فالينا) [2].

---

[1]- رواه أحمد وابن ماجة نيل الأوطار 52/6.

[2]- رواه البخاري الفتح 61/5.

والحجة فيه أنه صلى الله عليه وسلم جعل التركة كلها للورثة وحدهم، على سبيل الحصر : من ترك مالا فلورثته، أي فهو لورثته، كما جاء في رواية مسلم، أي لا لغيرهم، فلم يجعل فيها وصية دون إيصاء.

الحديث السابع، حديث ابن عباس (الحقوا الفرائض بأهلها، فما تركت الفرائض فلأ ولى رجل ذكر[1]) وهو مثل الأول في جعل التركة بين الورثة بالفرض والتعصيب، ولم يجعل فيها وصية دون إيصاء.

الحديث الثامن، حديث ابن عمر السابق (ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه أن يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده[2].

والحجة فيه أنه صلى الله عليه وسلم أمر بالوصية، والمبادرة لكتابتها، خشية مفاجأة الموت، وفوات الفرصة، ولو كانت الوصية لا تحتاج إلى إيصاء، وتنفذ بدونه لم تكن فائدة في الحث على المبادرة إلى كتابتها، إذا كانت تنفذ بإيصاء وبدونه.

وأما الإجماع فهما اجماعان :

الأول الإجماع الذي حكاه ابن عبد البر أن من مات ولم يوص فإن تركته تقسم بين ورثته، ولا يخرج منها سهم الوصية بإجماع المسلمين[3]، وهو إجماع صحيح، يؤيده الكتاب، والسنة، وعمل السلف والخلف، قبل ابن حزم وبعده.

والإجماع الثاني هو الإجماع على أن الوصية لا تنعقد إلا بإيجاب ممن هو أهل لذلك، وهو منتف في حال موت الموصي بدون إيصاء، والقاعدة أنه يلزم من انعدام الركن انعدام الحقيقة، وإذا لم تكن وصية فأي شيء يلزم الورثة بتنفيذه؟.

حجج ابن حزم القائل بوجوب إخراج شيء من تركة الميت إذا لم يوص في حياته:

تتلخص حجج هذا القول في الكتاب والسنة والأثر.

1- متفق عليه، نيل الأوطار 55/6.

2- سبق تخريجه.

3- انظر : الفتح 358/5.

أمـا الكتاب فآية الوصية التي في البقرة، فإنها تدل على وجوب الوصية عنده، فإذا لم يفعل الميت فإنها تؤخذ من ماله، لتعلق حق القرابة بها، وزوال ملكه عنها.

وأما السنة فهي أربعة أحاديث :

الأول حديث عائشة رضي الله عنه (أن رجلا قال للنبي صلى الله عليه وسلم : إن أمي افتلت نفسها، وإنها لو تكلمت تصدقت، أفأتصدق عنها يا رسول الله؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : نعم، فتصدق عنها[1].

قال ابن حزم فهذا إيجاب للصدقة عمن لم يوص، وأمره صلى الله عليه وسلم فرض.

الحديث الثاني حديث أبي هريرة رضي الله عنه (أن رجلا قال للنبي صلى الله عليه وسلم : إن أبي مات ولم يوص، فهل يكفر عنه أن أتصدق عنه، قال صلى الله عليه وسلم : نعم) [2].

قال ابن حزم فهذا إيجاب للوصية، ولأن يتصدق عمن لم يوص ولا بد، لأن التكفير لا يكون إلا في ذنب، فبين النبي صلى الله عليه وسلم أن ترك الوصية يحتاج فاعله إلى أن يكفر عنه ذلك، بأن يتصدق عنه، وهذا ما لا يسع أحدا خلافه.

الحديث الثالث، حديث طاوس (أن رجلا قال يا رسول الله : إن أمي توفيت ولم توص، أفأوصي عنها فقال نعم[3] ورواه سعيد بن منصور في سننه بلفظ : جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : إن أمي ماتت ولم توص أفأوصي عنها؟ قال نعم[4]. فجعل السائل امرأة، وفي الرواية الأولى رجل.

الحديث الرابع حديث أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اعتق عن امرأة ماتت ولم توص وليدة، وتصدق عنها بمتاع[5]).

1- سبق تخريجه.
2- أخرجه مسلم أنظر النووي 88/7.
3- أورده ابن حزم في المحلى 314/9.
4- سنن سعيد 124/1.
5- المحلى 314/9.

قال ابن حزم : لا مرسل أحسن من هذين، فخالفوهما.. يعني الجمهور، لرأيهم الفاسد[1].

وأما الأثر فهما أثران، أحدهما موقوف، والآخر مقطوع.

الأول ما رواه عبد الرزاق بسنده عن القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق، قال (مات عبد الرحمن بن أبي بكر في منام له، فأعتقت عنه عائشة أم المؤمنين تلادا من تلاده).

قال ابن حزم فهذا يوضح أن الوصية عندها رضي الله عنها فرض، وأن البر عمن لم يوص فرض، إذا لولا ذلك لما أخرجت من ماله ما لم يأمر بإخراجه.

والثاني ما روي عن طاوس أنه قال (ما من مسلم يموت لم يوص إلا وأهله أحق أو محقون أن يوصوا عنه[2]) وفي رواية (إلا وأهله محقوقون أن يوصوا عنه[3]).

وهي حجج لا يصح الاستدلال بها، ولا تقوم بها حجة على وجوب إخراج الوصية من تركة الميت الذي لم يوص في حياته.

أما الاستدلال بالآية فلا يتم لوجهين :

- ما سبق توضيحه من عدم دلالة الآية على الوجوب، أو أنها منسوخة كلها عند الجمهور.

- أنه لا يلزم من وجوب الوصية وجوب إخراجها دون إيصاء، كما دلت على ذلك نصوص الكتاب، والسنة والإجماع، كما سبق بيانه من خلال أدلة الجمهور.

ولهذا لم يقل الطبري بوجوب إخراجها، واكتفى بإثم تاركها رغم قوله بوجوبها.

1- نفس المرجع.
2- نفس المرجع.
3- سنن سعيد 124/1.

وأما الاستدلال بحديث عائشة رضي الله عنها فيمن ماتت أمه، وسؤاله عن الصدقة عن أمه، وقول النبي صلى الله عليه وسلم له : نعم، فتصدق عنها، فإنه لا يصح الاستدلال به لوجوه :

أولا أن السائل فيه هو سعد بن عبادة والمسؤول عنها هي أمه كما جاء التصريح بذلك في حديث ابن عباس رضي الله عنهما[1]، وهي لم يكن لها مال توصي فيه، لما رواه مالك في الموطأ : أنه قيل لها : أوصي، فقالت ففيم أوصي؟ إنما المال مال سعد، فتوفيت قبل أن يقدم سعد[2].

وهذه زيادة وزيادة الثقة مقبولة عند الجمهور، وإذا لم يكن لها مال فلا تجب عليها الوصية في حياتها، كتابا، وسنة، وإجماعا، لقوله تعالى : ﴿**إن ترك خيرا**﴾[3]، وقوله عليه الصلاة والسلام : " له شيء يوصي فيه"[4]، وإذا لم تجب عليها في حياتها فكيف يسوغ أن يقال : يجب عليها بعد موتها ما لم يكن واجبا عليها في حياتها؟، وكيف يجوز الاستدلال بالحديث على وجوب إخراج الوصية من مال من لم يوص بها.

وثانيا فإن سعدا رضي الله عنه تصدق عن أمه من ماله هو، لا من مالها على تسليم أن لها مالا توصي فيه، كما نطقت بذلك الروايات الصحيحة، ففي البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما أن سعد بن عبادة رضي الله عنه توفيت أمه وهو غائب عنها، فقال : يا رسول الله إن أمي توفيت وأنا غائب عنها، أينفعها شيء إن تصدقت به عنها؟ قال : نعم. قال : فإني أشهدك أن حائطي المخراف صدقة عليها[5]، وفي رواية فإن لي مخرافا، وأشهدك أني تصدقت عنها[6].

وفي رواية النسائي، قلت فأي الصدقة أفضل؟ قال : سقي الماء[7].

1- أخرجها البخاري أنظر الفتح 385/5.

2- رواه مالك في الموطأ، أنظر المنتقى 144/6.

3- من الآية: 280 البقرة.

4- جزء من حديث سبق تخريجه.

5- أخرجه البخاري، الفتح 385/5.

6- رواه البخاري، الفتح 396/5.

7- رواه النسائي، انظر الفتح 389/5، سنن سعيد 124/1، سنن النسائي 254/6.

فهذه الروايات توضح أنه تصدق عنها من ماله، فلا تبقى فيه حجة على وجوب إخراج الوصية من مال الميت الذي لم يوص.

وثالثا فإن سعدا رضي الله عنه تصدق عن أمه بحفر بير، أو عتق رقيق، أو حائط في سبيل الله على اختلاف الروايات، وليس في شيء منها أنه تصدق على أقارب أمه، فلا تبقى فيه حجة على تنفيذ الوصية للقرابة إذا لم يوص بها الميت في حياته.

ورابعا فإن المقصود من سؤال سعد هو هل يصل أجر الصدقة على أمه؟ وهل تنتفع أمه بصدقة ولدها عنها وإن لم تكن الصدقة من فعلها؟ وهل له هو أجر في صدقته عنها؟ يدل على ذلك ما جاء في الروايات الآخرى بلفظ (أفلها أجر إن تصدقت عنها؟) وفي لفظ آخر (فلي أجر أن أتصدق عنها[1]).

وفي رواية (أينفعها شيء إن تصدقت به عنها) [2].

وكأن سعدا رضي الله عنه ظن أنه لا يحصل لأمه أجر، ولا تنتفع بصدقته عنها، أخذا بعموم قوله تعالى : ﴿**وأن ليس للإنسان إلا ما سعى**﴾[3]، وقوله صلى الله عليه وسلم : "إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث : صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له"[4]، وليس فيه أو ولد يتصدق عنه، فسأل عن ذلك، فبين له الرسول صلى الله عليه وسلم قبول صدقة الابن عن الأم، وانتفاعها بها، ولا مانع للحي من التصدق عن الميت.

وإذا كان المقصود من السؤال هو السؤال عن ثبوت الآجر للميت، أو عدم ثبوته، كان قول الرسول صلى الله عليه وسلم في الجواب : نعم هو إخبار عن ثبوت الأجر، وحصول النفع للميت بصدقة الحي عنه، للقاعدة الأصولية أن جواب السائل غير المستقل تابع للسؤال[5]، وأما الأمر في قوله (فتصدق عنها) فهو للندب وعلى ذلك حمله العلماء، ولذلك ترجم البخاري لهذا الحديث بقوله : باب ما يستحب لمن مات فجأة أن

1- رواه البخاري، ورواه مسلم، النووي 88/7.
2- رواها البخاري، الفتح 390/5، إرشاد الساري 17/5، سنن النسائي 253/6.
3- من الآية : 29 سورة النجم.
4- رواه الجماعة إلا البخاري وابن ماجة، نيل الأوطار 20/6.
5- انظر المحلي 23/2.

يتصـدقوا عـنه، وهذا هو الموافق للقاعدة الأصولية أن الأمر بعد الاستيذان لا يدل على الوجوب على الصحيح[1]، يوضح ذلك هنا أن سعدا سأل هل يتصدق عن أمه، فهل كان ينـتظر مـن الرسول أن يقول له : لا، أو ينهاه عن الصدقة عن أمه، حتى يعلم الناس أن الوصـية غـير واجبة، لأنه لم يأذن فيها لسعد، معاذ الله أن يسال الرسول صلى الله عليه وسلم عن المعروف، والبر بالوالدين فينهى عنه، أو يستأذن فيه فيمنع منه.

فـلم يـبق إلا أن يكـون قوله صلى الله عليه وسلم لسعد (نعم فتصدق عنها،) إذنـا في الصـدقة عـن أمـه، وتعلـيما له أن الصدقة عن الميت يصله ثوابها، وليس إيجابا للصدقة عن الميت، وفرضا لها، كما قال ابن حزم.

خامسـا مـا فعلـه سـعد عـن أمـه فعلـه باسـم الصـدقة، وباسمها كان السؤال والجواب، والوصية غير الصدقة، فلا ينبغي الخلط بينهما، والاستدلال بما ورد في أحدهما لحكـم الأخـرى، بالإضافة إلى أن الأصل في الصدقة الندب، ولا تحمل على الوجوب إلا بدليل.

سادسـا، الحديـث وارد فـيمن مـات فجأة، وابن حزم لا يقول بالقياس، فلماذا عمـم الحكـم في الجميع، فيمن مات فجأة وغيره، مع ما يمكن أن يقال : باختصاص الحكم بمن مات فجأة، لعذره بمباغتة الموت له، وعدم إتاحة الفرصة له ليوصي، فتقبل الصدقة عنه بعد موته، وأما غيره فقد مات مصرا على ترك الوصية، رغم نزول أسباب الموت به، فليس لـه نـية في الخير، ألا ترى إلى قول سعد معتذرا عن أمه، شاهدا لها بحب الخير، ورغبتها في فعله : إن أمي افتلتت نفسها، وأراها لو تكلمت تصدقت.

فالقـياس يقتضـي الـتفرقة بينهما، والنص ورد في أحدهما، فما كان ينبغي له التعميم في الحكم على خلاف أصله في منع القياس مطلقا، وبالأخص مع وجود الفارق.

سـابعا وبعـد هـذا كلـه فـإن الحديـث دلـيل لـلجمهور في القول بعدم وجوب الوصـية، وحجـة على من قال بوجوبها كما سبق، لأنه صلى الله عليه وسلم لم ينكر ترك أم سعد للوصية حين أخبره بذلك ولدها، ولو كانت واجبة لأنكر تركها[2].

1- نفس المرجع 201/1.

2- أنظر الفتح 390/5.

وأخيرا وهو الوجه الثامن، على تسليم دلالة الحديث على وجوب إخراج الوصية من غير إيصاء فهو معارض بما سبق في قصة تركة سعد بن الربيع، وزوج أم كجة، وغيرها من أدلة الجمهور، فتقدم عليه لوضوح دلالتها وكثرة عددها، بناء على الصحيح عند االأصوليين من الترجيح بكثرة الرواة وكثرة الأدلة.

وأما حديث أبي هريرة : إن أبي مات ولم يوص، فهل يكفر عنه أن أتصدق عنه، فقال : نعم.

فهو أيضا لا حجة فيه على إيجاب الوصية ووجوب إخراجها من غير إيصاء بها، وذلك لوجوه :

أولا الحديث حجة للجمهور في عدم وجوبها، لأنه صلى الله عليه وسلم لم ينكر على الميت ترك الوصية حين علم بذلك، كما قيل في حديث عائشة السابق.

ثانيا السائل في هذا الحديث لم يسأل عن الوصية، وإنما سأل هل تكفر ذنوب أبيه بصدقته عنه، كما تكفر لو كان أبوه أوصى في حياته، كما جاء في حديث : "من حضرته الوفاة فأوصى، فكانت وصيته على كتاب الله كانت كفارة لما ترك من زكاته"[1]، وحديث ابن مسعود : "إن الرجل المسلم ليصنع في ثلثه عند موته خيرا فيوفي الله بذلك زكاته"[2].

فالذنوب المسؤول عن تكفيرها هي الذنوب التي تكفرها الوصية، والمذكورة في الحديثين.

عن هذا سأل الرجل، وهذا ما أراد بقوله : فهل يكفر عنه أن أتصدق عنه، وعلى هذا حمله العلماء[3].

ولم يقصد أن أباه أذنب بترك الوصية، كما فهمه ابن حزم، وإنما أراد أن أباه فاتته الوصية التي تكفر الذنوب، فهل يمكن استدراك ذلك بعد موته بالصدقة عنه.

1- سبق تخريجه.

2- أخرجه الطبراني، أنظر تعليق الأعظمي على سنن سعيد 110/1.

3- أنظر النووي على مسلم 468/9، سنن النسائي 252/6.

وإذا كان هذا مقصود السائل كان قوله صلى الله عليه وسلم في الجواب : نعم، مجرد إخبار بأن صدقته عن أبيه تكفر ما تكفره وصية أبيه.

ثالثا ليس في هذا الحديث أي أمر، لا بالوصية، ولا بالصدقة، فضلا عن كونه أمر إيجاب، فكيف يصح الاستدلال به على وجوب الوصية، ووجوب إخراجها من التركة بغير إيصاء، وليس في الحديث أية صيغة من صيغ الأمر، وإنما هو مجرد إخبار بتكفير الصدقة بعد الموت لما وقع فيه التفريط من قبل الأب من زكوات.

رابعا أنه على تقدير أن يكون مقصود السائل هو يكفر عنه ترك الوصية كما فهم ابن حزم فإنه لا يدل على وجوبها لأن التكفير لا يستلزم الذنب بدليل :

- أن قاتل الخطأ تجب عليه الكفارة بنص القرآن : **﴿ومن قتل مومنا خطأ فتحرير رقبة مومنة﴾**[1]، ومع ذلك لا ذنب عليه بنص القرآن أيضا : **﴿وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به﴾**[2].

- الحانث في اليمين تجب عليه الكفارة بنص القرآن : **﴿ولكن يواخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته إطعام عشرة مساكين﴾**[3] ومع ذلك لا إثم عليه في حنثه، كما دلت، على ذلك السنة النبوية، قولا وفعلا ، فقد قال صلى الله عليه وسلم : ".. وإذا حلفت على يمين، فرايت غيرها خيرا منها فأت الذي هو خير وكفر عن يمينك"[4] وقال: "إني والله إن شاء الله لا أحلف على يمين فأرى غيرها خيرا منها إلا أتيت الذي هو خير، وتحللتها، وفي رواية إلا كفرت عن يميني، وفعلت الذي هو خير"[5].

والحجة في الأول أنه صلى الله عليه وسلم أمر الحالف بالحنث إذا كان خيرا من البر، ولو كان الحنث ذنبا لما أمره به، لأنه لا يأمر بالإثم والمنكر.

1- من الآية : 92 النساء..

2- من الآية : 5 الأحزاب.

3- من الآية : 89 المائدة.

4- أخرجه البخاري، الفتح 608/11.

5- متفق عليه، نيل الأوطار 238/8، وانظر الفروق للفراقي 80/3، شرح التنقيح له 269، والفتح 11/ 250 – مفتاح الوصول 78.

والحجة في الثانية إخباره عن نفسه باختيار الحنث على البر إذا كان خيرا منه، ولو كان ذنبا لما فعله، لأنه صلى الله عليه وسلم معصوم من الذنوب : صغيرها وكبيرها.

- الحامل والمرضع تفطران وتكفران، ولا ذنب عليهما- وقاتل الصيد في الحرم والإحرام نسيانا تلزمه الكفارة: جزاء الصيد ولا إثم عليه.

وإذا كان لا تلازم بين الكفارة والإثم لم يكن في الحديث دلالة على وجوب الوصية، والإثم بتركها.

خامسا على تسليم دلالة الحديث على وجوب الوصية، ووجوب إخراجها إذا فرط فيها الميت فإنه يكون معارضا بما سبق من أدلة الجمهور فتقدم عليه لوضوح دلالتها وكثرتها.

وأما مرسل طاوس (أن رجلا قال : يا رسول الله إن أمي توفيت ولم توص، أفأوصي عنها ؟ فقال : نعم) فالجواب عنه مثل الجواب عن حديث عائشة، لأنه بلفظه تقريبا، بالإضافة إلى أنه ليس في هذا إلا الإذن في الوصية، وليس فيه ما يدل على الأمر بها، فكيف بإيجابها ؟.

وأما مرسل أبي بكر (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعتق عن امرأة ماتت ولم توص وليدة، وتصدق عنها بمتاع) فإنه لا يتم الاستدلال به لوجوه :

أولا : هو مرسل، وابن حزم لا يقول بحجيته.

وثانيا : هو فعل، وابن حزم يقول : أن فعله عليه السلام محمول على الندب، ولا يدل على الوجوب، فلا يصح احتجاجه بما لا يقول به، إلا أن يدعي أنه بيان للأمر بالوصية في أية البقرة، فيكون للوجوب كما يقوله[1].

ثالثا : أنه حجة على الظاهرية ومن معهم، لأنه صلى الله عليه وسلم اعتق عن المرأة، وتصدق بمتاع، والوصية الواجبة عندهم هي الوصية للوالدين والأقربين. وإذا كان عليه الصلاة والسلام لم يعط قرابة المرأة كان ذلك دليلا على عدم الوجوب، لأنها إذا لم تجب للقرابة لم تجب لغيرهم عندهم.

---

[1]- أنظر المحلي 65/1.

رابعا : أنها قضية عين، وقضايا العين لا عموم فيها، لأن العموم من صفات الألفاظ، دون الأفعال، فلا عموم لها، كما يقول الأصوليون[1].

خامسا أنه معارض للحديث الصحيح المسند في قسمة تركة سعد بن الربيع، وغيره من الأحاديث السابقة، والمسند مقدم على المرسل، أو يجمع بينهما بحمل هذا على الندب، فلا يعارض ما سبق من الترك.

وأما أثر القاسم بن محمد في إعتاق عائشة عن أخيها تلادا من تلاده فهو أيضا مردود بما يلي :

1- أنه موقوف، ولا حجة في موقوف عند ابن حزم، فلا يليق به الاحتجاج به.

2- ثم هو فعل، والفعل لا يدل على الوجوب، وإنما يدل على مشروعية الفعل، بقطع النظر عن صفته، فيحمل على الندب جمعا بينه وبين غيره من الأدلة الدالة على عدم الوجوب.

3- ثم هو معارض بفعل أخيها، فإنه لم يوص، ومعارض بالحديث الصحيح في قسم تركة سعد بن الربيع وغيره والقاعدة تقديم المرفوع على الموقوف.

4- ليس في فعل عائشة رضي الله عنها دليل على وجوب الوصية للأقارب، لأنها لم تعط الأقارب شيئا وإنما أعتقت رقابا من رقابه، والوصية الواجبة عند الظاهرية هي الوصية للوالدين والأقربين.

فلا يصح الاستدلال بهذا الأثر على ذلك، على أن رواية مالك في الموطأ فأعتقت عنه رقابا كثيرة، المنتقى 277/6، وليس في هذا تصريح بأنها أعتقت عنه من ماله، فيحتمل أن تكون أعتقت عنه من مالها، كما فعل سعد حين تصدق بماله عن أمه، فلا يبقى فيه دليل.

كما أن ما روي عن طاوس من قوله : ما من مسلم يموت لم يوص إلا وأهله أحق أن يوصوا عنه، أو محقون أن يوصوا عنه هو أثر لا يصح الاحتجاج به لما يلي :

---

[1]- الورقات لإمام الحرمين، بشرح المحلي ص : 43، مراقي السعود 1/230-222.

أولا : لأنـه مقطوع، وقول تابعي، لا يقول أحد بحجيته، فهو لو كان وحده لم يكـن حجـة، فيكف وهو مخالف للسنة الصحيحة، ومعارض بأقوال غيره ممن هو مثله، أو أعلم منه.

وأما ثانيا : فإن كلامه لا يدل على الوجوب، لأن قوله أحق أو محقون، معناه أنهـم أهل لذلك العمل، ومن حقهم أن يفعلوه، ولا يمنعون منه إذا أرادوه، واتفقوا عليه كمـا يفهـم مـن عمـوم أهلـه، فطـاوس جعلـه حقـا لهم ولم يجعله حقا عليهم، مثل قوله تعـالى : ﴿**وبعولـتهن أحـق بـردهن**﴾[1]، فالـرجعة حـق لـلأزواج وليسـت حقـا عليهم للـزوجات، لأن أحـق اسـم تفضـيل وهـو لا يصـاغ من المبني للمجهول، ولذلك قال في اللفـظ الآخـر محقـون أي لا مخطـئون، فكـيف ساغ جعله حقا عليهم والاستدلال به على وجوب تنفيذ الوصية إذا لم يوص بها الميت.

والخلاصة أن الوصية مشروعة وغير واجبة لأحد، ولا تخرج من تركة الميت إلا إذا أوصى بها في حياته قبل موته.

والقول بوجوبها مطلقا أو للوالدين والأقربين الذين لا يرثون، والقول بوجوب إخـراجها مـن تـركة الميـت وإن لم يـوص بهـا، أقـوال عارية من الصحة، مخالفة للكتاب والسـنة والإجمـاع، تـردها عشـرة أدلـة مـن القـرآن وعشرون حديثا، وأربع اجماعات، وقياسان واستصحابان وعشرات القواعد الأصولية.

المطلب الثالث :

في حكم قبـول الوصية

نـتحدث في هـذا المطلـب عن الحكم التكليفي المتعلق بقبول الموصى له للوصية بعد الحديث عن حكم إنشاء الوصية من طرف الموصي في المطلب السابق.

وقـد اخـتلف الفقهـاء في حكـم قبول الوصية، فالجمهور من الفقهاء يرون أنه يسـتحب للموصـى له قبول الوصية، وعدم ردها إذا لم يكن عليه ضرر في قبولها، اقتداء

1- من الآية : 228 البقرة.

برسول الله صلى الله عليه وسلم في قبوله وصية البراء له بثلث ماله[1]، ووصية مخيريق له بجميع ماله[2].

ومساعدة للموصي على حصول أجر الوصية وثوابها له.

وقال عبد الله بن عون [3]: الأولى ردها وعدم قبولها لمن كان غنيا عنها، قياسا على الصدقة، فإن الأفضل تركها للغني لقوله صلى الله عليه وسلم : "اليد العليا خير من اليد السفلى"[4].

وذهب ابن حزم إلى وجوب قبول العطايا كلها وحرمة ردها[5]، وتدخل في ذلك الوصية، وحجته في ذلك :

1- حديث عمر رضي الله عنه مرفوعا، ما أتاك من هذا المال من غير مسألة ولا إشراف نفس فاقبله[6].

فهذا أمر بالقبول والأمر للوجوب، وهو عام فيما أتى من طريق الهبة والوصية وغيرهما، وإن كان واردا على سبب خاص، وهو العطية في الحياة، فقد جاء أن الرسول صلى الله عليه وسلم كان يعطي عمر العطاء، فيقول له عمر : يا رسول الله أعطه أفقر إليه مني، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : خذه فتموله، أو تصدق به، وما جاءك من هذا المال وأنت غير مشرف ولا سائل فخذه، وما لا فلا تتبعه نفسك، فلفظ ما جاءك عام، والعام الوارد على سبب خاص معتبر عمومه، لأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، كما يقول الأصوليون[7].

2- حديث خالد الجهني من جاءه من أخيه معروف فليقبله، ولا يرده، فإنما هو رزق ساقه الله إليه[8].

1- أنظر الفتح 370/5.

2- أنظر : سيرة ابن هشام 140/2، والإصابة 73/6.

3- أنظر التمهيد 385/8.

4- جزء من حديث أخرجه أحمد، نيل الأوطار 324/6.

5- راجع المحلي 152/9.

6- أخرجه البخاري، الفتح 150/3.

7- راجع المحلي 39/2.

8- رواه أحمد، نيل الأوطار 346/5.

وهو مثل الأول عام في كل معروف، يشمل الصدقة والوصية وغيرهما، لعموم لفظ معروف، لأنه نكرة في سياق الشرط فتعم، كما أنه عام في الغني والفقير، لعموم لفظ من الشرطية. فإنها تفيد العموم.

والأمر للوجوب أيضا كالأول، وتأكد هنا بالنهي عن الرد، والنهي للتحريم، وبتعليل ذلك بأنه رزق ساقه الله إليه، فمن يرده كأنما يرد رزق الله وهديته.

3- من جهة النظر فإن رد الوصية بعد موت الموصي حرمان له من أجر وصيته، وصد عن سبيل من سبل الخير، لتعذر استدراك ذلك على الموصي، وذلك خيانة له، ومخالفة لما فرضه الله من النصح للمسلم، لحديث قال صلى الله عليه وسلم : الدين النصيحة ثلاثا قلنا لمن يا رسول الله، قال : "لله. ولكتابه ولرسوله. ولأئمة المسلمين وعامتهم"[1].

إلا أن مذهب الجمهور أصح وأرجح، لسببين :

1- الإجماع على أنه لا يجبر أحد على تملك شيء بغير إرادته، المستمد من قوله تعالى : ﴿**إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم**﴾[2]، والوصية أولى بهذا الحكم، لما يلحق الموصى له من المنة التي قد لا يتحملها، فلا يجبر على قبولها.

2- أن في إلزامه القبول إضرارا به، لما قد يترتب على تملك الوصية من واجبات، كان في غنى عنها، فلا يجبر على قبولها، لحديث "لا ضرر ولا ضرار" لذلك يجب تأويل الأحاديث السابقة، بحمل الأمر على الندب جمعا بين الأدلة.

المطلب الرابع :

في أقسام الوصية باعتبار حكمها.

تتفق المذاهب الأربعة، ومن وافقهم من القائلين بعدم وجوب الوصية، عدا الحنفية، على أن الوصية تعتريها الأحكام الخمسة : الوجوب، والندب، والتحريم،

1- أخرجه مسلم، سبل السلام 209/4.

2- من الآية 29 النساء، وانظر الأم 102/2.

والكراهة، والإباحة، وإن اختلفوا في الفروع، وتعيين ما هو مكروه، وما هو واجب، ومندوب، أو حرام، أو جائز، بسبب اختلافهم في حكم الموصى به قبل الوصية به تارة، وبسبب ما يترتب على الوصية من مفاسد، ومصالح تارة أخرى، انطلاقا من قاعدة : الوسيلة تعطى حكم مقصدها، فإن الوصية بالشيء أمر بفعله، ووسيلة لاقترافه، وإعانة عليه، فلا عجب أن تعطى حكمه.

فإذا كان الموصى به حراما كانت الوصية به حراما، وإذا كان واجبا فالوصية به واجبة، وهكذا الوصية بالمندوب والمكروه، والمباح، تعطى حكم الموصى به بصفة عامة.

وجعل الحنفية أقسام الوصية باعتبار حكمها أربعة أقسام فقط، بإسقاط الحرام، بناء على أصلهم في أصول الفقه من تفسير الحرام بما ثبت تحريمه بدليل قطعي، من كتاب أو سنة متواترة، أو مشهورة، وأن ما ثبت تحريمه بدليل ظني يسمونه مكروها تحريما[1].

ومعلوم أنه ليس في الكتاب والسنة وصية محرمة بالنص، إلا ما كان من وصية الإضرار في قوله تعالى : ﴿**من بعد وصية يوصي بها أو دين غير مضار**﴾[2]، وفي حديث ابن عباس : "الإضرار في الوصية من الكبائر"[3].

إلا أن دلالة الآية على تحريم وصية الضرر بطريق المفهوم، والحنفية لا يقولون بحجيته، ودلالة حديث ابن عباس وإن كانت بطريق المنطوق النص، إلا أنه خبر أحاد، ومختلف في رفعه ووقفه[4]، فلا يسمى الثابت به حراما، بل مكروها كراهة تحريم عندهم.

ولذلك أسقطوا قسم الحرام من أقسام الوصية، لعدم وجوده على أصلهم، واكتفوا بالواجب، والمندوب، والمباح، والمكروه[5]، وزاد الجمهور قسم الحرام، لأنهم يرون أن الحرام ما ثبت تحريمه بدليل، سواء كان قطعيا، أو ظنيا، وهو أولى، وعليه نسير في هذا المطلب، ونقسم الوصية باعتبار إنشائها إلى خمسة أقسام :

1- راجع فواتح الرحموت 58/1.

2- من الآية 12 النساء.

3- أخرجه سعيد بن منصور في سننه 109/1.

4- أخرجه سعيد موقوفا، وأخرجه النسائي مرفوعا، نيل الأوطار 34/6، سنن سعيد 199/1.

5- انظر الفقه على المذاهب الأربعة 326/3.

1- الوصية الواجبة : وهي بصفة عامة كل وصية يترتب على تركها ضياع حق، أو بعبارة أخرى هي ما توقف عليها صيانة حق، وإيصاله لأهله، وهي بالتفصيل في ثلاثة مواضع أو حالات :

الأولى إذا كان على الإنسان دين من ديون الآدمي، أو عنده حق من حقوقه، من ودائع، وعوار، ومغصوبات، ومسروقات، وقراض، ونحو ذلك، وقد اتفق الفقهاء على وجوب الوصية في هذه الحال، ولو كان الورثة عالمين بذلك، إلا أنهم اشترطوا لوجوبها شروطا :

الأول : إذا لم تكن لصاحب الحق بينة بحقوقه، لأنه في هذه الحالة يترتب على ترك الوصية ضياع الحق على صاحبه، بخلاف ما لو كان الحق ثابتا ببينة، فإنه لا يجب الإيصاء به، للأمن من ضياعه على صاحبه، وقيل بوجوب الوصية، ولو كانت بينة، وقال القرافي في الذخيرة : وإن كان عنده وديعة أو قراض تقدم الإشهاد فيه اختلف في وجوب الإشهاد واستحبابه، بناء على أن الأمر للوجوب أم لا[1].

والأصح عدم الوجوب، لأن الوصية ليست واجبة لذاتها، وإنما هي وسيلة لإيصال الحقوق لأصحابها، فإذا أمكن ذلك بدونها فلا فائدة في إيجابها بعينها، للاستغناء عنها بالبينة الشرعية.

الشرط الثاني : إذا كان المطلوب عاجزا عن تنجيز ما عليه من ديون، وما عنده من حقوق، فإن كان قادرا على ذلك في حياته وجب عليه تعجيل ذلك، وإيصاله الحقوق لأصحابها حالا، ولا تكفيه الوصية بذلك، لحديث "مطل الغني ظلم"[2]، ومن هنا قال ابن العربي فيمن قدر على قضاء دينه، وتركه ووصى به، ومات : فإن ذمته لا تبرأ بالوصية إذا فرط الولي في تنفيذها[3].

1- الذخيرة 9/7.

2- رواه الجماعة، نيل الأوطار 236/5.

3- انظر الجامع لأحكام القرآن 180/2.

وقال ابن حجر : الواجب هو الخروج من الحقوق الواجبة عليه للغير، سواء كان بتنجيز، أو وصية[1].

فعلى هذا تكون الوصية عنده من قبيل الواجب المخير في حق القادر، ومن قبيل الواجب المعين في حق العاجز.

الشرط الثالث : إذا خاف المدين، ومن عنده حقوق لغيره الموت على نفسه، قبل تنفيذ ما عليه من حقوق وديون، فإن كان لا يخاف على نفسه الموت فقولان، بوجوب الوصية وعدمها، المعتمد عند الشافعية عدم الوجوب، والراجح عند المالكية[2] الوجوب، لحديث (ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده) فإنه شامل للصحيح، والمريض، ولمن يخشى على نفسه الموت، ولمن لا يخشى، لعموم لفظ - امرئ- للجميع، لأنه نكرة في سياق النفي فتعم. ولأن الصحيح قد يفجؤه الموت، إلا أنها في المريض آكد.

الشرط الرابع : أن يكون الحق له بال، مما جرت العادة بالإشهاد عليه، وأما اليسير التافه فلا تجب فيه الوصية، إذ لا يكلف بذلك كل يوم وليلة، لما في ذلك من الحرج والمشقة المرفوعين بقوله تعالى : ﴿**وما جعل عليكم في الدين من حرج**﴾[3] وبهذا يخص عموم (له شيء يوصي فيه).

الحالة الثانية : إذا كانت عليه حقوق لله تعالى، من زكاة، أو كفارة، أو نذر، أو هدي، أو فدية ونحو ذلك، وقد اختلف الفقهاء فيها، ومذهب المالكية والحنابلة وجوب الوصية بها، سواء فرط فيها، أم لا، إلا أن يكون قادرا على إخراجها، فيجب عليه التعجيل بها عند المالكية، قال القرافي ومتى كان قِبَل الصحيح حق لله تعالى وجب إيصاله الآن لمستحقه، ولا يجعله وصية[4]، ويؤيده حديث (مطل الغني ظلم)، فإنه لا فرق بين المطل بحقوق الله، وحقوق العباد، على أن المطل بحقوق الله راجع إلى المطل بحقوق

1- انظر الفتح 359/5.
2- انظر المنهاج وحواشيه 40/6، بناني 175/8.
3- من الآية 78 من سورة الحج.
4- من الآية 78 الحج، وانظر : بناني 175/8، الذخيرة 8/7.

العباد في حقيقة الأمر، لأنهم المستحقون لحقوق الله، وإليهم تدفع، فتأخيرها عن وقت وجوبها مطل بحقوق الله، وحقوق العباد معا.

واختلف الحنفية على قولين، بالوجوب والاستحباب في هذه الحالة، والأظهر عندهم القول بالاستحباب، دون الوجوب[1]، ولا وجه له، لأن حق الله أحق بالإيفاء، كما جاء في حديث : "اقضوا الله، فالله أحق بالقضاء"[2]، وإذا وجبت الوصية عندهم بحق العبد كان وجوبها بحق الله أولى.

الحالة الثالثة : إذ كان للإنسان دين على غيره، أو له حقوق عند غيره يخشى ضياعها على ورثته، فإنه يجب عليه الوصية بها، لحفظ مال الوارث بدون خلاف[3].

وقد أغفل كثير من الفقهاء ذكر هذه الحالة، ونص عليها المالكية، لأن الموصي في هذه الحالة لم يتبرع بشيء من ماله، وإنما قام بإحصائه لورثته، فلا تدخل في مفهوم الوصية، بمعناها الخاص الفقهي، ولكنها تسمى وصية بالمعنى الواسع للوصية، وفي مثل هذه الحالة نزل قوله تعالى ﴿**يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم إن أنتم ضربتم في الأرض فأصابتكم مصيبة الموت**﴾ [4].

فقد أخرج البخاري وغيره أنها نزلت في فتى من بني سهم، أوصى لتميم الداري، وعدي بن بداء، وأمرهما أن يبلغا ما ترك لأهله، فمات، فدفعا تركته إلى أهله، وحبسا جاما مخوصا بالذهب... [5].

الوصية المستحبة :

الوصية المستحبة عند المالكية هي كما قال اللخمي : ما كانت بما فيه قربة، ولا يضر بالوارث، لكثرة المال، ويظن فيها من الثواب أكثر من ثواب ترك المال للوارث[6].

1- الذخيرة 9/7، المغني 1/6.
2- الفقه على المذاهب الأربعة 326/3.
3- انظر : الجامع لأحكام القرآن 174/2، بناني 175/8.
4- من الآية 106 المائدة.
5- انظر : الفتح 410/5، الجامع لأحكام القرآن 223/6.
6- الذخيرة 9/7.

وقال الحنفية الوصية المستحبة : هي ما كانت بحقوق الله تعالى، كالوصية بالكفارات، والزكاة، وفدية الصيام والصلاة، والوصية بحجة الإسلام، وغير ذلك من القرب[1].

وقال الحنابلة الوصية المستحبة : هي الوصية للقريب الفقير، الذي لا يرث، بشرط أن يكون الموصي ترك مالا كثيرا عرفا، وأن لا تزيد على الخمس، فإن لم يكن له فقير قريب فتستحب للفقراء، والمساكين، والعلماء ونحوهم[2].

وقال الشافعية : الوصية المستحبة هي ما استوفت الشرائط، ولم تكن واجبة، ولا محرمة، ولا مكروهة، كالوصية لغير الوارث المستقيم، والوصية للفقراء والمساكين، ونحو ذلك[3].

الوصية المباحة :

الوصية المباحة عند المالكية كما قال اللخمي : هي الوصية التي لا تتعلق بها طاعة، ولا معصية، واستوى فيها ثواب الفعل والترك، وقال غيره هي الوصية بمباح كالبيع والشراء وغيرهما من المباحات[4].

وقال الحنفية : هي الوصية للأغنياء من أهله وأقاربه، أو من غيرهم.

وقال الحنابلة : هي ما عدا الوصية المحرمة، والمكروهة، والمندوبة، والواجبة[5].

الوصية المحرمة :

الوصية المحرمة عند المالكية هي كما قال اللخمي : ما كانت بحرام، أو تتعلق بمعصية[6]، مثل الوصية بالخمر والخنزير، لمسلم، والوصية ببناء كنيسة، أو ترميمها، أو بناء قبة على قبره، أو كتابة التوراة والإنجيل، أو قراءتهما، أو إقرائهما، وتوزيعهما، أو الانفاق على المشاريع المحرمة، والنوادي الضالة، وغير ذلك من المناكير والمحرمات، كل

1- الفقه على المذاهب الأربعة 326/3.
2- نفس المرجع 328/3.
3- نفس المرجع 327/3.
4- انظر الذخيرة 9/7، الاختصار لكنون 336/8.
5- الفقه على المذاهب الأربعة 327/3-328.
6- الذخيرة 9/7، الاختصار 336/8.

ذلـك تحـرم الوصية به، لما في ذلك من التعاون على الإثم والعدوان، المنهي عنه بنص قوله تعالى : ﴿ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾[1].

والشـافعية والحـنابلة مـتفقون مع المالكية على تحريم الوصية بحرام، وإن اختلفوا معهم في بعض الفروع، لاختلافهم في حكمها قبل الوصية بها.

والوصـية المكـروهة عـند المالكية هي ما يكون الثواب في تركها أكثر من الثواب في فعلها، كما قال للخمي : أو هي ما كانت بمكروه، أو في مال قليل[2].

والوصية المكروهة عند الشافعية ما كانت لوارث، أو بأكثر من الثلث[3].

وعـند الحنفـية مـا كانت لأهل الفسوق والمعاصي... وعند الحنابلة وصية الفقير إذا كان له وارث محتاج[4].

1- من الآية 2 المائدة.

2- الذخيرة 9/7، الاختصار 336/8.

3- الفقه على المذاهب الأربعة 3/327-328.

4- انظر : الفقه الإسلامي وأدلته 13/8، الفقه على الذاهب الأربعة 328/3.

الفصل الثاني :
في أركـــان الـوصيـــة

نخصص هذا الفصل للحديث عن أركان الوصية، ونشير في البداية إلى أن المقصود بالركن هنا ما يتوقف عليه وجود الوصية، بقطع النظر عن كونه داخلا في حقيقة الوصية، أو خارجا عنها.

وهو استعمال مألوف، واصطلاح معروف عند الفقهاء، لا يتقيدون فيه باصطلاح الأصوليين، في تخصيص الركن بما كان جزء من الماهية، داخلا فيها، كالركوع في الصلاة، والطواف في الحج، وتخصيص الشرط بما كان خارجا عن الحقيقة، كالوضوء واستقبال القبلة في الصلاة.

يبرر هذا الاصطلاح الفقهي شبه العاقدين، والمعقود عليه، والصيغة بالأركان الحقيقية، لاشتراكها معها في توقف الوصية عليها، توجد بوجودها، وتنعدم بانعدامها كلها، أو بعضها، فكان هذا الاستعمال مجازا مشهورا، لا مانع من سلوكه، والسير على نهجه.

وأركان الوصية عند الجمهور أربعة : الموصي، والموصى له، والموصى به، والصيغة[1]، وقال بعض الحنفية : للوصية ركن واحد، هو الإيجاب من الموصي[2]، وقال بعض آخر منهم : ركنها الإيجاب من الموصي، والقبول من الموصى له، وعزاه الكاساني لأبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد[3].

واختار ابن عبد السلام أن الصيغة الإيجاب والقبول، ليست من أركان العقود، وإنما هي دليل على حصول ماهية العقد وحقيقته، المشتملة على أركانه، والدليل على الشيء غير المدلول[4].

1- انظر الزرقاني 175/8، نهاية المحتاج 40/6.

2- انظر الفتاوي الهندية 90/6، الفقه الإسلامي وأدلته 13/8.

3- بدائع الصنائع 331/7، الفقه على المذاهب الأربعة 316/3.

4- الرسموكي ص : 147، مراقي السعود 42/1.

ومذهب الجمهور أشهر، وأكثر تداولا، وعلى نهجه أسير في هذا الموضوع، وهذا البحث، وأقسم هذا الفصل إلى أربعة مباحث، نخصص الأول للموصي، والثاني للموصى له، والثالث للموص به، والرابع للصيغة، وأبدأ بالموصي، لأنه الأصل في الوصية، والمنشئ لها.

المبحث الأول :

في الموصي وشروطه.

الموصي كما قال ابن عرفة : هو المالك الظاهر تمييزه، التام ملكه[1].

وقبل الدخول في دراسة شروط الموصي وتحليلها، نذكر بأن نصوص الكتاب والسنة في موضوع الوصية جاءت متنوعة، فيها العام والخاص، والمطلق والمقيد، فكان لهذا التنوع في الأدلة، بالإضافة إلى اختلافات أخرى أثر واضح في اختلاف الفقهاء في تحديد من تجوز وصيته، ومن لا تجوز، ومن تصح وصيته، ومن ترد، ومن تنفذ وصيته، ومن توقف على إجازة ورثته، لتعارض الأدلة القرآنية والحديثية من جهة، وتعارض القواعد الأصولية من جهة أخرى.

ومن هنا جاء الخلاف فيما يجب اشتراطه في الموصي، وفيما لا يجب اشتراطه فيه من الشروط، وهي بين متفق عليه ومختلف فيه خمسة عشر شرطا.

نخصص لها خمسة عشر مطلبا، نبين في كل مطلب منها مذاهب الفقهاء، وأدلتهم فيما ذهبوا إليه، من اشتراطها، أو عدمه، ونشير بهذه المناسبة إلى انقسام هذه الشروط إلى شروط صحة، وهي ما تتوقف عليها صحة الوصية، وتبطل بانتفائها، وشروط نفاذ أو لزوم، وهي ما تصح الوصية بدونها، ويتوقف لزومها ونفاذها عليها، وشروط كمال : وهي ما يستحسن وجوده في الموصي، ولا تتوقف صحة الوصية ولا نفاذها عليه، وسوف نبين ذلك عند الحديث عن كل واحد منها.

1- الرصاع ص 751.

المطلب الأول :

في التمـــييــز

والمقصـود بـه أن يكون الموصي وقت إيصائه عاقلا ، مميزا. واعيا لما يقول، تام الإدراك لـه، وهـو شـرط صـحة في الموصـي، فـلا تصـح وصية غير المميز، وهو المجنون، والمعـتوه، والمغمى عليه، والسكران، والصغير الذي لا يميز، فهم خمسة أشخاص، نخصص لكل واحد فرعا.

الفرع الأول في وصية المجنون :

اتفق الفقهاء على بطلان وصية المجنون، وردها إذا أوصى في حال جنونه، وشذ إياس بن معاوية فقال : تصح وصيته إذا وافق الحق، وأصاب الصواب[1].

وهو قول يرده الكتاب، والسنة، والقياس.

أمـا الكـتاب فقولـه تعالى : ﴿**ولا توتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قيما**﴾[2].

والمجنون أحرى بهذا من السفيه، أو المراد بالسفهاء المجانين[3].

وأمـا السـنة فحديـث : "رفـع القلم عن ثلاثة : عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصـبي حـتى يحتـلم، وعـن المجنون حتى يفيق"[4]، وحديث : إنما الأعمال بالنيات[5]، والمجنون لا نية له، وأما القياس فهما قياسان :

الأول قـياس وصـيته علـى عـبادته وإسـلامه، فإنه إذا لم تصح صلاته وإسلامه، وهما محض نفع له، لا ضرر فيهما، فلأن لا يصح بذله لمال يتضرر به وارثه من باب أولى وأحرى.

1- المغني 102/6.

2- من الآية 5 النساء.

3- المحلى 332/9.

4- انظر : سنن سعيد 68/2، سنن أبو داود 141/9.

5- رواه البخاري، الفتح 9/1.

والقياس الثاني قياس وصيته على هبته بجامع أن كلا منهما يفتقر إلى إيجاب وقبول[1].

وأما النظر فإن المجنون في حال جنونه فاقد الأهلية، لا تصح عبارته، ولا أثر لأقواله، بمنزل غير الإنسان.

فإن كان المجنون يفيق أحيانا، ويجن أحيانا، فما أوصى به في حال إفاقته فوصيته به صحيحة، وما أوصى به في حال جنونه فوصيته به باطلة[2].

والحجة في ذلك السنة والإجماع.

أما السنة فقوله صلى الله عليه وسلم في الحديث السابق (عن المجنون حتى يفيق) فدل ذلك على صحة وصيته في حال إفاقته، من وجوه : الأول بطريق المفهوم، - حتى يفيق- فمفهومه أنه إذا أفاق صح تصرفه، وكتب عليه القلم أفعاله وأقواله.

والثاني بطريق الإيماء فإن قوله عليه الصلاة والسلام رفع القلم... (عن المجنون) يدل بطريق الإيماء على أن علة رفع القلم هي الجنون، للقاعدة الأصولية أن ترتيب الحكم على المشتق يوذن بعلية ما منه الاشتقاق[3]، وإذا كانت علة رفع القلم عن المجنون هي جنونه، فإنه يلزم من زواله وإفاقته ثبوت تصرفاته وصحتها، لقاعدة الحكم يدور مع العلة وجودا وعدما.

والثالث أنه في حال إفاقته لا يسمى مجنونا حقيقة، فلا يشمله لفظ الحديث، (وعن المجنون).

وأما الإجماع فقد حكاه مالك في الموطأ[4].

واختلف إذا طرأ الجنون بعد الوصية، فقال الجمهور : الوصية صحيحة ولا تبطل، كان الجنون مطبقا أم لا، اتصل بالموت أم لا.

1- المغني 102/6.
2- المنتقى 155/6، المعيار 358/9، المغني 102/6، المنهاج 41/6.
3- انظر المحلي 156/2.
4- انظر الموطأ بشرح المنتقى 155/6.

وخالف الحنفية في هذا، وسووا بين الجنون الطارئ، والجنون وقت الوصية، وقالوا إذا أوصى الإنسان في حال عقله، ثم جن بعد ذلك بطلت وصيته، اتصل جنونه بالموت، أو أفاق قبل الموت. وقيل الأمر موقوف على نظر القاضي، إن أجازها جازت، وإلا بطلت[1].

إلا أنهم اختلفوا في مفهوم الجنون المطبق، وتمييزه من غيره، فقال محمد بن الحسن : الجنون المطبق ما امتد سنة فأكثر، وقال أبو يوسف : ما امتد شهرا فأكثر، وقال آخرون ما امتد ستة أشهر[2].

وحجتهم أن الوصية عقد جائز، وغير لازم، فكان دوامه كابتدائه، ولما كان المجنون غير أهل لإنشاء الوصية ابتداء، لعدم التمييز كان الجنون الطارئ كالجنون وقت العقد، لا تصح الوصية معه، لاحتمال أنه لو أفاق من جنونه لرجع عن وصيته.

وفرقوا بين الجنون المطبق الذي أبطلوا به الوصية، والجنون غير المطبق، بأن الجنون غير المطبق لا يزيل العقل، وهو شبيه بالإغماء والنوم، وهما لا يبطلان العقد إذا طرآ عليه[3].

وقول الجمهور أصح وأرجح، وأوفق بالقواعد الأصولية، وتسوية الحنفية بين الجنون الطارئ، والجنون المقارن للعقد لا تصح، ومخالفة لعدة قواعد :

1- قاعدة الشك في المانع لا يؤثر، لأن احتمال رجوعه إذا أفاق مجرد احتمال مشكوك فيه.

2- قاعدة الحكم يدور مع العلة وجودا وعدما، فإنها تقتضي صحة وصية العاقل، لوجود العقل ساعة العقد.

3- قاعدة أن المعتبر في العقود وقت إنشائها، ولا تبطل بما يطرأ عليها.

4- قاعدة أن الدوام ليس كالابتداء.

1- انظر : الفتاوي الهندية 6/109-123،الفقه الإسلامي وأدلته 8/113، الفقه على المذاهب الأربعة 3/317.

2- نفس المرجع.

3- الفقه الإسلامي وأدلته 8/113.

5- حديث رفع القلم عن المجنون حتى يفيق، فإنه يدل على اعتبار الجنون وقت التصرف، وعدم الاعتداد بالجنون الطارئ، وذلك من وجهين :

الأول : التعبير بلفظ المجنون بصيغة اسم المفعول، والقاعدة الأصولية أن اسم الفاعل والمفعول حقيقة في الحال، أي حال التلبس بالوصف[1]، فالمجنون المرفوع عنه القلم هو من كان في حال جنون ساعة التصرف، لا من سيجن مستقبلا ، فإن هذا لا يسمى مجنونا ، فلا يشمله الحديث، وبالتالي لا يرفع عنه القلم، ولا يبطل تصرفه الواقع في حال إفاقته بطرو جنونه.

والثاني : قوله –حتى يفيق- يدل بمفهومه على الاعتداد بتصرفاته حال إفاقته، وهو عام فيمن بقي على إفاقته، وفيمن طرأ عليه الجنون بعد إفاقته، عملا بقاعدة عموم مفهوم المخالفة[2].

أما اعتبارهم الجنون غير المطبق بمنزلة الإغماء والنوم، فإنه مما يصعب فهمه، خاصة على القول بأن الجنون المطبق مادام سنة فأكثر، فإنه يقتضي أن جنون ما دون سنة ولو بيسير إنما هو نوم وإغماء، وهو مما يبعد اعتقاده.

والخلاصة : أن وصية المجنون حال جنونه باطلة، ولو أفاق بعد ذلك، ووصيته حال إفاقته صحيحة ولو جن بعد ذلك، وطال جنونه، ومات مجنونا ، اعتبارا لحال التصرف، ووقوفا مع حديث رفع القلم عن المجنون حتى يفيق، منطوقا ومفهوما ، نصا وعموما .

وبهذا أخذ القانون المغربي في الفصل 175 من مدونة الأحوال الشخصية الذي يقول : يشترط في الموصي أن يكون مميزا ... تصح الوصية من المجنون حال إفاقته... فدل بمفهومه على عدم صحتها في حال جنونه، كما دل بسكوته عن عد الجنون الطارئ مبطلا للوصية على اختياره لمذهب مالك الذي لا يقول ببطلانها به، أخذا بمقتضى الفصل 216.

1- أنظر المحلي 146/1.

2- نفس المرجع 222/2.

أما القانون المصري والسوري فقد خالفا مذهب الجمهور، ومذهب الحنفية، وجاءا برأي مخالف للجميع، حين اعتبرا معا أن الجنون المطبق مبطل للوصية بشرط اتصاله بالموت[1].

ونختم هذا المطلب بحكم اختلاف الورثة والموصى له في وقوع الوصية في حال العقل، أو في حال الجنون، والقول في هذا للموصى له أن الوصية وقعت في حال العقل.

أولا لأنه الأصل والغالب، والجنون خلاف الأصل وخلاف الغالب.

ثانيا لأن القول لمدعي الصحة.

وإن شهد عدلان أنه كان مجنونا وقت الوصية، وشهد آخرون أنه كان تام العقل حين الوصية، قدمت بينة العقل، لأنه الأصل والغالب، ولأنها مثبتة، والأخرى نافية، ولأنها علمت ما لم تعلمه الأخرى، وقيل تقدم بينة الجنون، وقيل يقضى بأعدل البينتين، وإن استوتا سقطتا معا[2].

الفرع الثاني في وصية المعتوه :

العته ضعف في العقل، ينشأ عنه ضعف في الوعي والإدراك، ويصير به المعتوه مختلط الكلام، يتكلم كلام المجانين تارة، وكلام العقلاء تارة أخرى، يختلف عنهم بالهدوء في أوضاعه[3].

وحكمه عند الحنفية حكم المجنون، تبطل وصيته في حال عتهه، وتصح في حال وعيه، وتبطل وصية من طرأ عليه العته المطبق إذا اتصل بموته، بناء على أن الدوام كالابتداء، وأخذا برواية من روى رفع القلم عن ثلاثة، وفيه عن المعتوه حتى يبرأ[4]، وأن المعتوه غير المجنون.

وأما المالكية فقال مالك في ضعيف العقل : الأمر المجتمع عليه عندنا أن الضعيف في عقله، والسفيه، والمصاب الذي يفيق أحيانا، تجوز وصاياهم إذا كان معهم

1- انظر المادة 114 من قانون الوصية المصري والمادة 220 من القانون السوري.

2- راجع الرهوني 237/8.

3- الفقه الإسلامي وأدلته، 128/4.

4- رواه أبو داود 141/4.

مـن عقولهـم مـا يعـرفون مـا يوصـون به، فأما من ليس معه من عقله ما يعرف بذلك ما يوصي به، وكان مغلوبا على عقله فلا وصية له.

كمـا روى عـنه أشـهب وابن وهب إجازة وصية الأحمق، وفسر بضعيف العقل، وهـو الذي لا يستقل بنفسه في تدبير أموره، ويحتاج إلى من يلي أمره، لعجزه عن مباشرة أحواله، وهو مع ذلك يميز ويفهم[1].

وهكذا يتبين أن ضعيف العقل والأحمق ما دام معهما تمييز فوصيتهما صحيحة، وإلا فباطلة.

وقـال الحـنابلة في ضـعيف العقـل أن منع ذلك رشده في ماله فهو كالسفيه، وإلا فكالعـاقل[2]، وهـو يقتضـي صحة وصيته في الحالتين معا، لأنه إن منع ضعف عقله رشده فهـو كالسـفيه، والسـفيه تصح وصيته عند أكثر الحنابلة، وإن لم يمنع رشده فهو كالعاقل، والعاقل تصح وصيته اتفاقا.

الفرع الثالث في وصية المغمى عليه :

الإغماء حالة مرضية، تصيب القلب أو الدماغ، فينشأ عنها تعطل القوى المدركة المحركة حركة إرادية.

وقـد اتفـق الفقهـاء على أن المغمى عليه لا تصح وصيته في حال إغمائه، قياسا علـى المجـنون لانـتفاء التمييز، وعدم القصد، كما اتفقوا على أن الإغماء الطارئ على الوصـية لا يبطلها، ولو اتصل بالموت، فإن كان يفيق أحيانا من إغمائه فوصيته صحيحة في حال إفاقته.

والحجـة في ذلك حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه، حين عاده النبي صلى الله علـيه وسـلم فوجده مغمى عليه لا يتكلم، فتوضأ صلى الله عليه وسلم وصب عليه وضـوءه فأفـاق، فسـأل النبي صلى الله عليه وسلم أيوصي لأخواته بالثلث ؟ فقال له :

---

[1]- راجع الموطأ بشرح المنتقي 155/6.
[2]- المغني 102/6.

أحسن، ثم سأله أن يوصي بالشطر، فقال له : أحسن، ثم خرج وتركه[1] فدل هذا على صحة وصية المغمى عليه إذا أفاق من إغمائه.

الفرع الرابع في وصية السكران :

اتفق المالكية على صحة وصية السكران الذي معه ضرب من التمييز، كان السكر حلالا، أو حراما[2].

كما اتفقوا على بطلانها من السكران الطافح الذي لا تمييز معه إذا كان سكره حلالا[3].

واختلفوا إذا كان سكره حراما، فقال الجمهور : لا تصح وصيته، وقال الشافعية : تصح وصيته[4]. وهما قولان للحنابلة[5].

حجة من أبطلها قياس السكران على المجنون بجامع فقدان العقل والتمييز فيهما. وحجة من أجازها قياس وصيته على طلاقه.

والقياسان معا ضعيفان، ولا يصحان، أما الأول فهو قياس مع وجود الفارق، لأن المجنون معذور بجنونه، غير مسؤول عنه، فناسب ذلك التخفيف عنه، بخلاف السكران المتعمد للحرام، فإن فقدان عقله واقع بسببه، ولا عذر له في زواله، فلا يصح قياسه على المجنون.

وأما القياس الثاني فهو قياس على مختلف فيه، فإن طلاق السكران مختلف فيه، والقياس على مختلف فيه لا يصح، ولأن الحكمة من لزوم طلاقه التغليظ عليه، وهي منتفية في وصيته، لأنه لا ضرر عليه فيها، والضرر على وارثه[6].

1- رواه أبو داود 119/3.
2- راجع الخرشي على مختصر خليل 431/5.
3- نفس المرجع والصفحة.
4- راجع نهاية المحتاج 41/6.
5- المغني 102/6.
6- نفس المرجع والصفحة.

وهـناك سـبب آخر لاختلاف الفقهاء في صحة وصيته، وهو اختلاف الأصوليين في تكلـيف السكران، فمن رآه مكلفا قال بصحة وصيته، ومن رآه غير مكلف قال : بعدم صحتها.

الفرع الخامس في وصية الصغير غير المميز :

الطفـل الصـغير الـذي لم يبلغ سن التمييز لا تصح وصيته بدون خلاف كما قال الباجي[1].

وشـذ إياس بن معاوية، فأجازها إذا وافقت الحق[2]. وهو قول سبق رده، كتابا، وسنة، ونظرا.

وقـد أخـذ القـانون المغربي برأي الجمهور، فاعتبر تصرفات الصغير الذي لا يميز باطلة، كما جاء في الفصل 138.

إلا أنـه يؤاخـذ عليه أنه حدد التمييز ببلوغ اثنتي عشرة سنة شمسية، كما جاء في الفصل 138.

فخـالف بذلـك مذهـب الجمهور في تحديد سن التمييز بسبع سنوات، انطلاقا من حديـث : "مـروهم بهـا لسـبع، واضـربوهم عليها لعشر"[3] فحرم بذلك طائفة كبيرة من الصغار الذين بلغوا السبع، ولم يبلغوا الثانية عشرة من حقهم الشرعي في الوصية بأموالهم في آخـر أعمـارهم، ومـنعهم مـن الانـتفاع بـثوابها، ونفـع من يريدون نفعه بها، وألزمهم بـتوفيرها لغيرهـم من ورثتهم على حساب مصالحهم الدينية والدنيوية، في وقت ينادى فيه بإعطاء الطفل كثيرا من الأباطيل باسم حقوق الطفل.

كمـا أن اعتبار من لم يبلغ الثانية عشرة غير مميز جحود لمواهب الطفل، وإنكار لقدراته العقلية، في وقت تمتلئ فيه المدارس، والإعداديات أحيانا، بأبناء العاشرة والحادية عشرة، فكيف يصح اعتبار من يناقش الدرس، ويحل المشكلات الحسابية المعقدة طفلا غير مميز، ملحقا بالمجنون.

1- المنتقي 154/6.
2- المغني 102/6.
3- رواه أحمد وأبو داود، نيل الأوطار 298/1.

المطلب الثاني :

في البلوغ

المقصود بالبلوغ بلوغ الحلم بإحدى العلامات المقررة شرعا، من احتلام، أو حيض، أو حمل، أو سن معينة على خلاف بين الفقهاء في ذلك، لا حاجة لذكره.

وقد اختلف العلماء في اشتراط البلوغ في الموصي وعدم اشتراطه، على قولين :

الأول أنه شرط، فلا تصح وصية الصغير حتى يبلغ، وهو مذهب الحنفية، والظاهرية، وأحد قولي الشافعية، ووجه للحنابلة، وقول ابن عباس من الصحابة، ومجاهد والحسن من التابعين.

والقول الثاني أنه ليس بشرط، وأن وصية الصغير المميز صحيحة، وإن لم يبلغ الحلم، وهو مذهب إسحاق، والمالكية، والليث، وأحد قولي الشافعي، والمنصوص عن أحمد، وقول عمر رضي الله عنه من الصحابة، والزهري وعمر بن عبد العزيز، وعطاء وشريح والشعبي والنخعي من التابعين[1].

وقد احتج من اشترط البلوغ ومنع وصية الصغير المميز بالكتاب، والسنة، والقياس، والنظر، كما احتج من أجازوا وصية الصغير المميز وإن لم يبلغ بالكتاب والسنة والإجماع والقياس والنظر، وفيما يلي حجج الفريقين :

حجج القائلين بالجواز :

احتج المالكية ومن معهم على القول بعدم اشتراط البلوغ، وصحة وصية الصغير المميز، كما قلنا بالكتاب وما معه.

أما الكتاب فآيتان :

1- قوله تعالى : ﴿**من بعد وصية يوصي بها أو دين**﴾[2]، فهذه عامة في كل ميت يورث، لعموم الخطاب في قوله : "يوصيكم الله في أولادكم". كما أنها مطلقة في

1- انظر :المغني 101/6، نهاية المحتاج 6/40-41، المحلي330/9، بداية المجتهد334/2، الجامع لأحكام القرآن 178/2.
2- من الآية 11 النساء.

كـل وصـية، سواء كان الموصي بها بالغا، أو غير بالغ، والعام محمول على عمومه، حتى يرد ما يخصه والمطلق محمول على إطلاقه حتى يرد ما يقيده.

2- قولـه تعـالى : ﴿**يا أيها الذين آمنوا اركعوا، واسجدوا، واعبدوا ربكم، وافعلوا الخير لعلكم تفلحون**﴾[1].

والخطاب شامل للبالغ وغير البالغ، لأن كلا منهما مومن، يدخل في عموم الذين آمنوا، وفي عموم الضمير في قوله : "وافعلوا الخير".

كمـا أن الخـير لفظ عام، تدخل فيه الوصية وغيرها من كل خير، وبذلك تشمل الآية الصغير والكبير، والوصية وغيرها.

وأمـا السـنة فهناك أولا عموم أدلة الوصية، مثل حديث ما حق امرئ مسلم[2]، وحديث إن الله تصدق عليكم[3]، فإنها تشمل الصغير.

2- حديـث الخثعمـية التي أخذت بضبعي صبي، وقالت يا رسول الله، ألهذا حج ؟ قال : نعم، ولك أجر. رواه مسلم، وأبو داود، وهو نص في صحة حجه، وإذا صح حجه صحت وصيته.

وأمـا الأثـر فما روي مـن أن غلامـا مـن غسان حضرته الوفاة بالمدينة، ووارثه بالشـام، فذكـر ذلـك لعمـر بـن الخطـاب، فقـيل لـه : إن فلانـا يموت، أفيوصي ؟ قال: فلـيوص[4]، والحجـة فيه من وجهين : الأول أنه قول صحابي لا يعرف له مخالف، والثاني أنه لا يقال بالرأي، وقد اتفق الأصوليون على أن له حكم المرفوع.

وأمـا الإجمـاع فهـناك إجماعـان مختلف في حجيـتهما، ولكـن أحدهما يقوي الآخر.

الإجماع الأول هو إجماع أهل المدينة الذي صرح به الباجي في المنتقى.

1- من الآية 77 الحج.

2- سبق تخريجه.

3- سبق تخريجه.

4- انظر : المحلي 331/9، المنتقى 154/6، سنن سعيد 127/1، سنن أبي داود 142/2-143.

والإجماع الثاني هو الإجماع السكوتي الحاصل من قول عمر رضي الله عنه، وانتشار ذلك دون نكير، فكان إجماعا سكوتيا، وهو حجة على الصحيح[1].

وأما القياس فهي مجموعة أقيسة :

- قياس وصيته على إسلامه، وصلاته، وحجه، وصومه، بجامع أن كلا قربة إلى الله تعالى، وطاعة له، فإذا صحت هذه العبادات وجب أن تصح وصبته من باب لا فرق[2].

- قياس الصغير على السفيه بجامع أن كلا منهما مميز محجور عليه[3].

- أو قياس الصغر على السفه بجامع أن كلا سبب حجر[4].

فإذا لم يمنع السفه من صحة وصية السفيه لم يمنع الصغر من صحة وصية الصغير.

وأما النظر فهناك مسالك لتقريره :

الأول أن علة الحجر عليه هي تبذير ماله وإتلافه، وهي علة منتفية بموته[5]، والحكم يدور مع العلة وجودا وعدما.

والمسلك الثاني أن الحجر عليه لحق نفسه، خشية تضرره بإتلاف ماله في حياته، فلو منع من الوصية لكان الحجر عليه لحق غيره من ورثته[6].

والمسلك الثالث أن الوصية لا تزيل الملك في الحال، وإنما تزيله بعد الموت، ومن ثم صارت الوصية تصرفا نافعا له نفعا محضا، فتصح منه، لأنها صدقة يحصل له ثوابها بعد غناه عن ماله، فلا يلحقه ضرر في دنياه، ولا أخراه، فلا يمنع منه[7].

حجج القائلين باشتراط البلوغ وبطلان وصية غير البالغ.

1- راجع المحلي 2/115-116.

2- انظر : المغني 6/111، المحلي 9/331-332.

3- الجامع لأحكام القرآن 2/139.

4- المنتقى 6/154.

5- الجامع لأحكام القرآن 2/179.

6- الزرقاني 8/175.

7- انظر المغني 6/111، أحكام الوصايا والأوقاف ص: 81.

استدل القائلون باشتراط البلوغ بالكتاب وما ذكر معه :

أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿ **وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم**﴾[1]، فدلت الآية على منع الصغير من ماله قبل بلوغه ورشده، فلا يصح له فيه تصرف قبل ذلك، وهي عامة في الوصية وغيرها. قال ابن حزم : واستثناء الوصية من ذلك خطأ، وتخصيص من غير مخصص[2].

وأما السنة فحديث رفع عن القلم عن ثلاثة : عن الصبي حتى يحتلم[3]، ففي قوله حتى يحتلم، أو حتى يبلغ دليل على انتفاء تكليفه قبل بلوغه، وعدم مخاطبته بشيء قبله، وهو عام في كل صغير، وكل تصرف، ومن هنا قالوا ببطلان وصيته، كان مراهقا، أو غير مراهق، كانت وصيته بقربة، أو غيرها، كانت منجزة، أو معلقة على بلوغه، كانت بإذن وليه، أو بغير إذنه، كان مأذونا له في التجارة، أم لا، مات قبل البلوغ، أو بعده[4].

وأما القياس فهما قياسان[5] :

الأول قياس وصيته على هبته بجامع أن كلا منهما تبرع بمال، فلا تصح وصيته، كما لا تصح هبته.

والثاني قياس الصغير على المجنون بجامع أن كلا منهما محجور عليه، أو قياسه على الطفل قبل تمييزه.

وأما النظر فإن الحكمة من مشروعية الوصية تدارك ما عساه أن يكون قد فات المكلف في حياته، وهي منتفية في حق الصغير، فلا تشرع له الوصية، لأنه لا فائدة فيها بالنسبة إليه[6].

مناقشة أدلة الفريقين :

1- من الآية 6 النساء.
2- المحلى 332/9.
3- سبق تخريجه.
4- راجع الفتاوي الهندية 92/6، الفقه على المذاهب الأربعة 317/3.
5- المحلي 331/9-332.
6- أحكام الوصايا للدكتور فراج ص : 81.

1- مناقشة أدلة القول بصحة وصية الصغير :

رد القائلون باشتراط البلوغ وبطلان وصية الصغير أدلة القول بصحتها، وبالغ ابن حزم في الرد عليهم، انطلاقا من مبادئه المعروفة عنه في أصول الفقه[1].

- إنكار القول بالقياس. – إنكار حجية عمل أهل المدينة. – إنكار حجية الإجماع الذي خالف فيه واحد. – إنكار حجية قول الصحابي، والمرسل. – إنكار مخاطبة الصغير بشيء من أحكام الشريعة.

وهكذا رد الاستدلال بآية من بعد وصية يوصي بها، وآية "وافعلوا الخير" بمنع دخول الصغير فيهما، وعدم شمول الخطاب له فيهما، وتخصيصهما بحديث "رفع القلم عن الصبي حتى يبلغ" بناء على أن الصغير غير مخاطب بشيء من الشرائع، ورد الاستدلال بحديث الخثعمية بأنه وارد في الحج، ولا يشمل الوصية بالمال بصيغته ولفظه، فلا يستدل به عليها.

كما رد الاستدلال بقصة عمر رضي الله عنه في إجازة وصية الصغير من وجوه :

1- أنها لا تصح عن عمر، ولا عن ابن مسعود، لأن أم عمرو بن سليم التي أوصى لها الغلام مجهولة، ورواية المجهول لا تقبل، وابنها عمرو الذي روى عنها لم يدرك عمر، فكانت روايته عن عمر مرسلة، والمرسل لا حجة فيه، كما لا يدرى من روى ذلك عن ابن مسعود.

2- على تسليم صحتها فهي قول عمر، ولا حجة في قول أحد دون رسول الله صلى الله عليه وسلم.

3- معارضة ذلك بما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما من مخالفته، وقوله ببطلان وصية الصغير حتى يبلغ[2].

وأجاب الحنفية عنها بجوابين :

---

[1]- راجع المحلى 51/1-54-56.

[2]- راجع المحلى 331/9-332.

الأول أن الغلام كان بالغا -وسماه الراوي يافعا- باعتبار ما كان عليه قبل الوصية[1].

والثاني أنها كانت وصية بتجهيزه ودفنه، وهي وصية جائزة عندهم من الصغير، مستثناة من بطلان وصية الصغير[2].

وأما الاستدلال بالقياس فقد رده بإنكار القياس جملة، وإنكار حجيته، ثم عارض كل قياس قاسوه بقياس آخر، فعارض قياس الوصية على الحج بقياسها على الهبة -ورأى أنه أولى من قياس المالكية- لأن قياس التصرف المالي على التصرف المالي أولى من قياس التصرف المالي على التصرف البدني، -يعني الوصية على الحج- كما عارض قياس الصغير على السفيه بقياسه على المجنون، ورآه أصح من قياس المالكية له على السفيه. وأنكر في نفس الوقت وجود سفيه في المسلمين، في إشارة منه إلى إبطال هذا القياس، من وجه آخر، وهو إنكار ونفي حكم الأصل المقيس عليه فإن ثبوته شرط في صحة القياس، فإذا لم يوجد سفيه لم يجز أن يقاس الصغير عليه، لأنه قياس على المعدوم[3].

وهي اعتراضات مردودة.

أما أولا فإن ادعاءه أن الصغير غير مخاطب بشيء من أحكام الشريعة، وما بناه عليه من خروجه من آية الوصية، وآية ﴿وافعلوا الخير﴾ واستدلاله على خروجه بحديث رفع القلم عن الصغير حتى يبلغ، وتخصيص الآيتين به، فإن ذلك كله لا يصح :

1- لأن الصحيح عند الأصوليين أن الصغير مخاطب بالشريعة على جهة الندب في المأمورات، وعلى جهة الكراهة في المنهيات، وعلى سبيل الجواز في المباحات[4]، والقول بعدم مخاطبته بشيء من الشريعة كما يقول الشافعية والظاهرية قول ضعيف، يرده الكتاب والسنة.

1- انظر المبسوط 92/25.

2- بدائع الصنائع 334/7.

3- انظر المحلي 332/9.

4- الفروق للقرافي 101/3، مراقي السعود 24/1-25.

فقد خاطب الله الصغار في آية الاستيذان بالمندوب والمباح فقال : ﴿يا أيها الذين آمنوا ليستاذنكم الذين ملكت أيمانكم، والذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلاث مرات من قبل صلاة الفجر، وحين تضعون ثيابكم من الظهيرة، ومن بعد صلاة العشاء، ثلاث عورات لكم، ليس عليكم ولا عليهم جناح بعدهن﴾[1]، فهذا أمر للذين لم يبلغوا الحلم بالاستيذان في الأوقات الثلاثة على جهة الندب، وإباحة تركه في غيرها.

فخاطبهم بمثل ما خاطب به الكبار، وبنفس الأسلوب، ليستاذنكم الذين ملكت أيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم... ليس عليكم ولا عليهم جناح بعدهن.

كما أن الرسول صلى الله عليه وسلم خاطب الصغار بأحكام الشريعة، فقد عاد يهوديا صغيرا كان يخدمه وقال له : أسلم، فأسلم الغلام[2]، وقال لربيبه عمر بن أبي سلمة : "ادن بني. فسم الله، وكل بيمينك، وكل مما يليك"[3]، وقال أيضا : "يسلم الصغير على الكبير"[4] وقال لابن عباس : "إذا استعنت فاستعن بالله"[5] إلى غير ذلك من الأحاديث الكثيرة التي تفيد في كثرتها التواتر المعنوي. والمفيد للقطع بأنه صلى الله عليه وسلم خاطب الصغار، يأمرهم بفضائل الأعمال، وينهاهم عن قبائحها، ولم يكن ذلك عبثا، بل كان تكليفا لهم بها من غير إيجاب، ولا تحريم عليهم، بل على سبيل الندب، والكراهة، أو الإباحة.

ومن جهة أخرى فقد دلت الأحاديث الصحيحة على صحة عبادة الصغير، كما قال لمن سألته ألهذا حج ؟ قال : نعم، ولك أجر، والصحة تقتضي الخطاب، لأنها موافقة الفعل ذي الوجهين الشرع، أو الإذن الشرعي في الأقدام على الفعل، كما يقول الأصوليون[6].

1- من الآية 58 النور.
2- أخرجه البخاري، الفتح 119/10.
3- أخرجه أبو داود 349/3.
4- نفس المرجع 357/2.
5- رواه الترمذي وقال حسن صحيح 76/4.
6- راجع المحلي 50/1، وشرح التنقيح القرافي 176.

فلو كان الصغير غير مخاطب بشيء من الشريعة لكانت عبادته باطلة غير صحيحة، لأنه لا أمر في حقه حتى يوافقه.

وإذا صح خطاب الصغير استقلالا كما رأينا صح خطابهم مع غيرهم، وصح دخولهم في كل عموم يتناولهم لفظه، من غير إيجاب، ولا تحريم، وبذلك تكون الآيتان السابقتان شاملتين للصغير لغة وشرعا.

2- أن استدلاله على عدم مخاطبة الصغير بحديث (رفع القلم عن الصغير) لا يصح على عمومه، فإن الحديث من باب دلالة الاقتضاء، لتوقف صدقه على إضمار، والصحيح عند الأصوليين أن المضمر المقدر، والمرفوع عن الصغير ومن معه هو الإثم والمؤاخذة[1]، وهما خاصان بالواجب والحرام، ولا مؤاخذة في المندوب، والمباح، والمكروه، فلا يشملهما الحديث، وهذا هو السر في التعبير النبوي (يرفع عن) المشعر بالتخفيف عنهم.

وأما ثانيا فإن رده الاستدلال بحديث مسلم (ألهذا حج ؟) بدعوى أنه وارد في الحج، ولا ذكر فيه للوصية، فلا يصح الاستدلال به، فإن جوابه أن المالكية يعلمون ذلك، ولكن وجه الدلالة في الحديث أنه إذا صح حجه صحت وصيته، فالحديث يدل على ذلك بمفهوم الموافقة، أو القياس الجلي، لأن صحة حجه تستلزم صحة وصيته، وإنكار القياس لا يفيد.

وأما ثالثا فإن رده لأثر عمر بعدم صحته، وبإرساله، ومعارضته، بناء على جهالة أم عمرو بن سليم، وعدم إدراك ولدها لعمر، ومخالفته ابن عباس لعمر، فإن ذلك كله مردود، فإن الأثر صحيح كما أشار لذلك الباجي[2]، وأم سليم معروفة غير مجهولة، بناء على الرأي القائل: إن جهالة الراوي تزول برواية عدل عنه[3]، وقد روى عنها ولدها،

---

[1]- راجع المحلي 2/31-116.
[2]- المنتقى 6/155.
[3]- انظر المحلي 9/331.

فزالت جهالتها، كما أن المرسل حجة عند الأئمة الثلاثة، ومخالفة ابن عباس لعمر لا تصح، كما قال ابن حزم نفسه[1].

أما جواب الحنفية بأنه كان بالغا، وسماه الراوي يافعا باعتبار الماضي، فهو جواب مردود من وجهين :

1- ما جاء في بعض الروايات أنه كان ابن اثنتي عشرة سنة، أو ابن عشر، وفي رواية مالك لم يحتلم[2].

فهذا نص في عدم بلوغه لا يقبل التأويل.

والثاني أن اليافع حقيقة في الغلام الذي لم يبلغ، وإطلاقه على البالغ باعتبار ما كان عليه مجاز، والحقيقة مقدمة على المجاز، واللفظ يجب حمله على حقيقته.

كما أن جوابهم الثاني –بأن الوصية كانت بتجهيزه- لا يصح، ويرده أن الوصية كانت بحديقة، وأنها بيعت بثلاثين ألف درهم[3]، فهل كان هذا المال كله لتجهيزه.

وأما رابعا فإن اعتراضاته على أقيسة المالكية، ومعارضتها بما جاء به من قياس، تدل على أنه لا يحسن استعمال القياس، كما لا يقول به، لأن قياس الصغير على المجنون، وقياس وصيته على صدقته اللذين عارض بهما من أفسد الأقيسة، فضلا عن أن يكونا من أصح الأقيسة وأحسنها، كما سنرى بعد.

مناقشة أدلة القائلين باشتراط البلوغ وبطلان وصية الصغير.

كل ما جاء به القائلون باشتراط البلوغ من الكتاب، والسنة، والقياس، والنظر، لا يصح الاحتجاج به.

أما آية وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح الآية فإن كل ما تدل عليه هو الحجر عليه في حياته لحفظ ماله، والوصية تصرف بعد الموت، لا ضرر عليه فيها فتصح منه، كما تصح من الكبير، لعموم أدلة الوصية، فتستثني الوصية من آية الحجر "وابتلوا

1- نفس المرجع.

2- انظر المنتقى 154/6، سنن سعيد 126/1.

3- رواه الموطأ المنتقي 154/6.

اليتامى" لأنها عامة في التصرفات، وأدلة الوصية خاصة في الوصية، والقاعدة تقديم الخاص على العام فيما تعارضا فيه.

وأما حديث (رفع القلم عن الصغير) فإنما يقتضي رفع المؤاخذة الأخروية على ما يصدر عنه مما هو إثم في حق الكبير، والوصية ليست كذلك، فلا يتناولها الحديث على الصحيح، من عدم عموم المقتضي[1]، فلا تبقى في الحديث حجة على بطلان وصية الصغير.

كما أن الاحتجاج بانتفاء الحكمة من الوصية في حق الصغير فلا تشرع هو احتجاج مردود من وجهين :

أولا أن الحكمة غير محصورة فيما ذكره من استدراك ما فات الموصي، بل هناك حكم أخرى، مثل الزيادة في الأجر، كما جاء في حديث : "إن اله تصدق عليكم بثلث أموالكم زيادة لكم في حسناتكم"[2]. ومثل الإحسان لمن يريد الإحسان إليه من قرابته وجيرانه.

وثانيا أنه لا يلزم من انتفاء الحكمة انتفاء الحكم كما يقول الأصوليون[3].

ويبقى القياسان اللذان قيل فيهما : إنهما من أصح الأقيسة وأحسنها إلا أنهما في الواقع قياسان فاسدان، أما قياس الوصية على الهبة فهو قياس مع وجود الفارق، لأن الصدقة يتضرر الصغير بإمضائها في حياته، وإذا ردت عادت إليه فانتفع بها، والوصية بخلاف ذلك فيهما، لا يتضرر بها، لأنها تخرج بعد موته، وإذا ردت لا تعود إليه، وإنما تعود لورثته، فلا ينتفع بها.

وأما قياس الصغير المميز على المجنون فهو من أفسد الأقيسة، ولا يسوي بين المراهق الذي قد يكون في مرحلة التعليم الثانوي وبين المجنون، إلا مجنون أو متعصب، لا يرى هذا الفرق الشاسع بين العاقل والمجنون.

1- راجع المحلي 228/1.
2- سبق تخريجه.
3- راجع المحلي 142/2.

ثـم هما قياسان معارضان بقياس وصيته على عبادته، وقياسه على السفيه، وهما أقوى فيقدمان.

والخلاصة أن القـول بصحة وصية الصغير العاقل الذي لم يبلغ الحلم هو الراجح الـذي يشـهد لـه عمومـات الكـتاب والسنة، ويؤيده القياس الصحيح والنظر السليم، وبه جرت فتاوي الفقهاء قديما وحديثا[1].

إلا أنهـم اخـتلفوا في أربع نقط، الأولى في السن التي تصح فيها وصيته، والثانية في مقـدار مـا تصـح فـيه وصيته، والثالثة في شروط وصيته، والرابعة لمن يكون القول عند الاختلاف في تمييزه وعدمه، نخصص لكل نقطة فرعا.

الفرع الأول في السن التي تصح فيها وصيته :

فـيما يـتعلق بالسن التي تصح فيها وصيته هناك عدة أقوال : فقيل إذا بلغ سبع سـنين صـحت وصـيته[2]، وقـيل إذا بلـغ عشر سنين، وهو قول مالك[3] وقال إسحاق بن راهويه : إذا بلغ ثنتي عشرة سنة[4]، وقيل متى عقل وميز صحت وصيته، من غير تحديد بسـن معيـنة، وهـو قـول أشهب، ومالك، وأصبغ، وبعض الحنابلة، وعن أحمد إذا جاوز عشر سنين[5].

وكـأن أصـحاب القـول الأول رأوا أنـه في السـبع يؤمـر بالصلاة كما قال ﷺ: **"مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع، واضربوهم عليها وهم أبناء عشر..."** [6].

والأمـر بالشـيء يسـتلزم صحة المأمور به كما يقول الأصوليون[7]، وإذا صحت صلاته وهو ابن سبع صحت وصيته، لأن كلا منهما قربة.

1- انظر المعيار 9/247-248-358-369-397.
2- انظر المغني 6/101.
3- انظر المغني 6/101، المدونة 4/295.
4- المغني 6/101.
5- راجع الذخيرة 7/11، المنتقى 6/154،المغني 6/101.
6- أخرجه أبو داود والترمذي، سنن أبو داود 1/133، سنن الترمذي 1/253.
7- راجع المحلي 1/203، البحر المحيط للزركشي 9/338.

وأمـا من رأى التحديد بعشر فكأنه نظر إلى أنها السن التي تتأكد فيها الصلاة في حقـه، ويضـرب علـيها، مع ما روي في أثر عمر من أن الغلام الذي أجاز وصيته كان ابن عشر أو اثنتي عشرة سنة، فأخذ بأقل عدد.

أما الذي حددها باثنتي عشرة سنة فأخذ بالأعلى، مظنة بحصول التمييز التام.

فقـد أناط هؤلاء وأولئك صحة الوصية بمظنة التمييز، واختلفوا في تحديد مظنته، ولم ينظروا إلى التمييز في حد ذاته.

بيـنما القـول الـرابع نظـر إلـى التمييـز في نفسـه فأنـاط بـه الحكـم، وهو يختلف باختلاف الأطفال، ولا يصح ضبطه بسن معينة، فمتى كان مميزا صحت وصيته، كالبالغ، ومتى كان غير مميز ردت وصيته، كالمجنون، من غير تحديد بعشر، أو سبع، أو تسع، أو أكـثر، وهـو معـتمد مذهب مالك[1]، وهو أولى، لأن علة الصحة التمييز، وعلة البطلان عدمه، والحكم يدور مع العلة وجودا وعدما.

إلا أن القـانون المغـربي حـدد التمييـز باثنـتي عشرة سنة شمسية حين اشترط في الفصل125أن يكون الموصي مميزا، وحدد التمييز باثنتي عشرة سنة شمسية في الفصل138.

كمـا نص في الفصل 139 على أنه ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله، وتكون جميع تصرفاته باطلة، فتدخل في ذلك وصية من لم يبلغ اثنتي عشرة سنة.

وبذلـك يكـون قـد حـرم هـؤلاء الصـغار مـن حقهـم في الوصية بأموالهم، وآثر إبقاءهـا لورثـتهم، وهو إجحاف بحقهم، وغبن لهم، وخروج عن مذهب مالك المعمول به في المغرب من غير حاجة ولا مبرر.

---

[1]- المحلى 330/9.

الفرع الثاني في مقدار ما تصح فيه وصيته :

بالنسبة لهذه النقطة هناك خلاف، روي عن عمر بن عبد العزيز تصح وصيته فيما قارب الثلث، ولا تجوز بالثلث[1].

وقال الحنفية : تجوز وصيته بتجهيزه ودفنه، وعلى ذلك حملوا أثر عمر في إجازته وصية الصغير الذي لم يحتلم[2].

ومذهب مالك صحة وصيته بالثلث كاملا كغيره، ورواه في المدونة عن عمر بن عبد العزيز[3]، وهو الأصح والراجح، لعموم أدلة الوصية وتحديدها في الثلث، فإنها تشمل الصغير والكبير، وتفرقة الحنفية بين الوصية بالتجهيز والدفن، والوصية بغيرهما لا دليل عليها، وما ادعوه من حمل أثر عمر على ذلك سبق رده، بما جاء في رواية الموطأ من أنه أوصى بحديقة بيعت بثلاثين ألف درهم، وهو مبلغ أكثر من نفقة التجهيز بكثير، على أن الوصية كانت بالحديثة لابنة عمه ملكا، ولم تكن ببيعها لتجهيزه.

الفرع الثالث في شرط صحة وصيته :

بالنسبة لهذه النقطة هناك اتفاق في مذهب مالك على اشتراط عدم التخليط في وصيته، ولا تكون وصيته في معصية، وأنه إذا خلط في وصيته، أو أوصى بمعصية لا تصح وصيته، وهو في هذا كالرشيد[4].

واختلف في اشتراط القربة في وصيته، فاشترطها بعضهم، وقال : لا تصح وصيته بغير قربة، ولم يشترط ذلك بعضهم، وقال بصحة وصيته وإن لم تكن فيها قربة. إذا لم تكن بمعصية[5]، والخلاف مبني على خلاف آخر، هل تشترط القربة في الوصية من حيث هي، أو لا تشترط ؟ والراجح أنها لا تشترط.

1- المحلى 330/9.

2- الفقه على المذاهب الأربعة 317/3.

3- المعيار 248/9-369.

4- انظر الاختصار 237/8.

5- انظر : حاشية العدوى على الخرشي 431/5، الفقه على المذاهب الأربعة 321/3.

الفرع الرابع في اختلاف الورثة والموصى له في التمييز وعدمه :

بالنسبة لهذا الفرع هناك حالتان، الأولى أن لا تكون بينة لواحد منهما، والثانية أن تكون لكل منهما بينة تشهد له، ففي الحالة الأولى القول للورثة، وقيل القول للموصى له، ومنشأ الخلاف تعارض الأصل والغالب فإن الأصل في الإنسان عدم التمييز كما قال تعالى : ﴿**والله أخرجكم من بطون أمهاتكم لا تعلمون شيئا**﴾[1]. كما أن الأصل والغالب في العقود الصحة.

فمن راعى الأصل الأول قال : القول للورثة، لأن الأصل عدم التمييز، والأصل بقاء ما كان على ما كان، ومن راعى الأصل الثاني جعل القول للموصى له، والمعتمد القول الأول[2].

وفي الحالة الثانية عند تعارض البينات تقدم بينة الموصى له، لأنها مثبتة وناقلة[3].

المطلب الثاني :

في الرشد

الرشد في اللغة ضد الغي، وفي الشرع هو حفظ المال وحسن التصرف فيه، على الراجح في مذهب مالك، وقيل هو حفظ المال وإن لم يحسن التصرف فيه، وقيل هو تمييز وصلاح الدين، وحفظ المال وتنميته[4].

وقد اختلف الفقهاء في اشتراط الرشد في الموصي، ومذهب المالكية أنه لا يشترط، وأن وصية البالغ السفيه صحيحة، كان مولى عليه، أم لا، أجازها وليه أم لا، وهو مذهب أكثر الحنابلة[5]، وللشافعية قولان في السفيه المحجور عليه، أصحهما عندهم صحة

1- من الآية 78 النحل.

2- المعيار 9/247-248-369-370، والرسموكي ص 199.

3- المعيار 9/248-249.

4- راجع البهجة على التحفة 2/269، ابن سلمن 2/141.

5- انظر : المغني 6/102، بداية المجتهد 2/334، الجامع لأحكام القرآن 2/178، المدونة 4/295.

وصـيته، والـثاني بطلانها، وأما غير المولى عليه فجزم بعضهم بصحة وصيته دون خلاف، وأجرى بعض آخر منهم فيه نفس الخلاف، ورجح الصحة[1]، وقال الحنفية : تصح وصيته بالقرب، ولا تصح بغيرها، كالوصية لغني غير فاسق[2].

احتج من منع وصيته بقوله تعالى : ﴿**ولا توتوا السفهاء اموالكم التي جعل الله لكـم قـيما**﴾[3]، وقوله :﴿**وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم**﴾[4].

فـنهى الله في الآية الأولى عن إعطاء السفيه ماله، وشرط في الآية الثانية في رفع الحجـر عـنه، وتسليم ماله إليه، وإطلاق يده في التصرف فيه بلوغ الحلم، وإيناس الرشد، والشـرط يلـزم مـن عدمـه العـدم، كمـا استدلوا بقياسه على الصغير العاقل بجامع الحجر والتمييـز، فكمـا لا تصـح وصية الصغير المميز عند القائلين بذلك لا تصح وصية السفيه أيضا لاشتراكهما في الحجر.

واستدل من أجاز وصية السفيه بأدلة :

1- عمـوم آيات الوصية وأحاديثها، فقد جاءت عامة تشمل بعمومها الرشيد والسفيه، مثل قوله تعالى : ﴿**كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف**﴾[5]، وقوله : ﴿**شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصـية**﴾[6]، فهمـا عامـتان في كل من حضره الموت، كان رشيدا أو سفيها. ومثل ذلك يقـال في حديـث : "مـا حـق امرئ مسلم"[7]، وحديث : "إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم[8] وغيرهما، فذلك كله عام، يشمل الرشيد، والسفيه، وبذلك تخصص أية الحجر عليه، ومنعه من التصرف، فتستثني الوصية من عمومها، ترجيحا لعموم أدلة الوصية على

---

[1]- انظر نهاية المحتاج 40/6.
[2]- الفقه الإسلامي وأدلته 27/8.
[3]- من الآية 5 النساء.
[4]- من الآية 6 النساء.
[5]- من الآية 180 البقرة.
[6]- من الآية 106 المائدة.
[7]- سبق تخريجه.
[8]- سبق تخريجه.

أدلة الحجر، عملا بقاعدة إذا تعارض العامان وكان كل منهما عاما من وجه فإنه يرجع إلى الترجيح بينهما.

ومما يرجح تقديم أدلة الوصية وآياتها على أدلة الحجر وآياته أن الحكمة من مشروعية الوصية هي حاجة الموصي إليها، للزيادة في حسناته، وتكفير ذنوبه، والسفيه محتاج لذلك كاحتياج الرشيد، فتشرع في حقه تحقيقا لهذه الحكمة.

2- أن الحجر على السفيه مشروع لحفظ ماله عليه من الضياع، والوصية ليس فيها إضاعة مال، لأنه ما دام حيا فماله له، يمكنه الرجوع في وصيته، وإن مات كان ثوابه له.

3- قياس وصيته على عبادته بجامع أن كلا قربة إلى الله تعالى، فإذا صحت عبادته صحت وصيته، لأنها عبادة وهو أهل لها.

4- إجماع أهل المدينة عند القائلين بحجيته، وقد حكاه مالك في الموطأ والمدونة[1]. وقد أخذ القانون المغربي بمذهب مالك القائل بصحة وصية السفيه، حين اكتفى بشرط التمييز في الموصي ولم يشرط البلوغ ولا الرشد في الفصل 175 وحين رد الأمر إلى الراجح، والمشهور، في مذهب مالك فيما سكت عنه حسب الفصل 216.

كما أخذ القانون المصري بصحتها مبدئيا إلا أنه اشترط فيها شرطين :

1- بلوغه ثماني عشرة سنة شمسية.

2- إذن المجلس الحبسي في ذلك، حيث تقول المادة الخامسة من قانون الوصية : يشترط في الموصي أن يكون أهلا للتبرع قانونا، على أنه إذا كان محجورا عليه لسفه، أو غفلة، أو بلغ ثمانية عشر سنة شمسية جازت وصيته بإذن المجلس الحبسي[2].

وبذلك خرج عن الفقه الإسلامي، ولم يوافق قولا من أقوال الفقهاء، فالمالكية ومن معهم أجازوا وصيته، ولا حق لوصيه في الاعتراض عليها، كما لم يشترطوا بلوغه ثماني عشرة سنة، ومن منعها من الشافعية والحنابلة منعها ولو أجازها الولي، أو كان ابن

1- انظر الموطأ بشرح المنتقي 155/6، المدونة 295/4.

2- راجع حكم الوصايا للدكتور فراج ص 85.

ثماني عشرة سنة، فالقول بإجازتها بشرط بلوغ ثماني عشرة سنة، وإذن المجلس الحبسي خروج عن هذا كله.

وقد برر بعض المتأخرين اشتراط هذا الإذن بأن الحكمة منه مراقبة ما إذا كانت وصيته تدخل في إطار الحق ووجوه الخير، ولم يجد ما يبرر به اشتراط ثماني عشرة سنة[1].

إلا أنه مع ذلك هو تبرير غير مقنع، ولا يفيد، مادام الشرع أو الفقه أعطى للسفيه حق الوصية بماله للانتفاع بثوابه بعد استغنائه عنه بموته، فإن كل تدخل خارجي يمنعه من هذا الحق يعتبر تحجيرا عليه فيما ينفعه، ومعاكسة له في تحقيق رغبته المشروعة، والأخيرة من ماله، من غير سند فقهي، أما التأكد من كون الوصية واقعة في إطار الحق ووجوه الخير، فإن هذا لا يختص بوصية المحجور لسفه أو غفلة، ولا بمن بلغ ثماني عشرة سنة بل الرشيد والسفيه في ذلك سواء.

ومن هنا انتقد علال الفاسي اشتراط إذن الولي أو القاضي في وصية المحجور، واعتبره مخالفا للفقه[2].

المطلب الرابع :

في الطوع

المقصود بهذا الشرط أن يكون الموصي وقت إيصائه راضيا بوصيته، غير مكره عليها بوجه من وجوه الإكراه، وهو شرط متفق عليه، دل الكتاب والسنة، واتفاق العلماء على اشتراطه، واعتباره شرط صحة في الموصي :

1- فقد قال الله تعالى : ﴿**يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل، إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم**﴾[3]، وإذا كانت التجارة –وهي معاوضة-

---

[1]- نفس المرجع.

[2]- علم الفرائض للدكتور بلعقيد ص 239 الهامش 75.

[3]- من الآية 29 النساء

لابد فيها من التراضي، فإن الوصية التي هي تبرع محض أولى باشتراطه فيها. وقال صلى الله عليه وسلم: إنما البيع عن تراض، والوصية مثله أو أولى منه في اشتراط الرضا.

2- وقال صلى الله عليه وسلم : "رفع عن أمتي الخطأ، والنسيان، وما استكرهوا عليه"[1] وهو عام في كل ما استكره عليه المسلم من العقود والتصرفات، فتدخل في ذلك الوصية.

3- وقال صلى الله عليه وسلم: "لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه"[2] والمكره على الوصية لا تطيب نفسه بماله، فلا يحل للموصى له أخذه.

ومن هنا اتفق الفقهاء على بطلان وصية المكره وعدم صحتها[3]، ونسب بعضهم للحنفية القول بصحتها، ووقفها على إجازة المكره بعد زوال الإكراه[4]، وهو خلاف المعروف عن الحنفية من القول بعدم صحتها[5].

ويبقى الحديث عما يحصل به الإكراه، وعما يثبت به عند ادعائه.

أما ما يحصل به فإن الإكراه يحصل بما يحصل به الإكراه في الطلاق عند المالكية، من خوف مؤلم من قتل، أو ضرب، أو سجن أو إتلاف مال، أو قتل ولد، وإن سفل، وفي التخويف بعقاب الولد خلاف[6].

وأما ما يثبت به الإكراه فإنه يثبت باعتراف الموصى له، أو شهادة بينة بالإكراه، أو شهادة استرعاء مؤرخة قبل الوصية، أو معها، عملا بقاعدة دخول الاسترعاء في جميع التبرعات[7].

1- أخرجه في مسند أبى أبي عاصم، ورواه ابن ماجة بلفظ أن الله تعالى وضع عن أمتي... انظر سبل السلام : 180/3.

2- أخرجه الدارقطني نيل الأوطار 316/2. انظر : سنن الدارقطني 26/3.

3- الفتاوى الهندية 93/6، الفقه على المذاهب الأربعة 318/3.

4- انظر الوصية الواجبة لهشام قبلان ص 103.

5- الفقه على المذاهب الأربعة 318/3، البدائع 335/7.

6- راجع الزرقاني 87/3.

7- المعيار 524/6-530-539-276/9.

ويصدق الموصي فيما يذكره من الإكراه والتهديد، وإن لم يعرف شهود الاسترعاء ذلك[1].

ويكفي عدل واحد في شهادة الاسترعاء، وإن لم يشهد بالإكراه والتهديد.

المطلب الخامس :

في القصد

المقصود من هذا الشرط أن يكون الموصي قاصدا الوصية، مريدا لها، غير مخطئ، ولا هاذ في التلفظ بها، وهو شرط متفق عليه، معلوم من مبادئ الشريعة الإسلامية التي جاءت برفع الخطأ، وعدم مؤاخذة المخطئ بخطئه، كما قال تعالى : ﴿**وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به**﴾[2] وهي عامة في كل خطأ، لأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، وقال تعالى أيضا : ﴿**إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم**﴾[3] والمخطئ غير راض بوصيته، وقال عليه الصلاة والسلام : "رفع عن أمتي الخطأ والنسيان"[4].

وقال : "إنما الأعمال بالنيات"[5]، والمخطئ لا نية له ولا قصد، فلا يصح عمله، ومنه وصيته.

المطلب السادس :

في الجد

وهو أن يكون الموصي جادا في وصيته، غير هازل، ولا لاعب، أو يمازج الموصى له. وهو شرط متفق على اعتباره شرط صحة، مأخوذ من الآية السابقة : ﴿**إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم**﴾، ومن الحديث السابق "إنما الأعمال بالنيات" لأن الهازل غير راض بفعله، ولم ينو بكلامه حقيقة الوصية، ولم يقصد إنشاءها، فلا تصح منه، كما أنه

1- نفس المرجع 9/203-204، وانظر النوازل الصغرى 4/525.

2- من الآية 55 الأحزاب.

3- من الآية 29 النساء.

4- سبق تخريجه.

5- سبق تخريجه.

يؤخـذ من حديث : "ثلاث جدهن جد، وهزلهن جد : النكاح، والطلاق، والرجعة"[1] فمفهومـه أن مـاعدا هـذه الثلاثة لا يكون هزلهن جدا، بل يكون هزلهن هزلا، وإذا كان كذلك فلا تصح الوصية الهازلة.

المطلب السابع :

في الملك

الملـك مـن الأمـور النسـبية التي لا تتحقق إلا بين اثنين : مالك، ومملوك، ومن هـنا عـده بعضـهم شـرطا في الموصى به، أي أن يكون مملوكا للموصي، واعتبره آخرون شـرطا في الموصي، أي أن يكون مالكا لما أوصى به، وهو ما سلكه ابن عرفة، وهو أولى، وعلى نهجه أسير.

وقـد اتفـق الفقهـاء على اعتبار ملك الموصي لما يوصي به شرطا في الوصية، إلا أنهـم اخـتلفوا في كونـه شـرط صحة، أو شرط نفاذ، وفي الوقت المعتبر في ملكيته، هل هو وقت الوصية، أو وقت الموت ؟ فهما نقطتان نخصص لكل منهما فرعا.

الفرع الأول : في كونه شرط صحة أو شرط نفاذ :

بالنسـبة لهـذه النقطة هناك قولان[2] : الأول أنه شرط صحة، وأن وصية الإنسان بمـال غـيره وصـية باطلـة، والقول الثاني أنها وصية صحيحة، موقوفة على إجازة المالك، بـناء علـى أن الملـك شرط نفاذ، وهو قول الحنفية وبعض المالكية، مع اختلاف بينهم إذا أجازها المالك ثم رجع. فالحنفية يرون أنه لا تلزمه الإجازة مطلقا، سواء أجازها في حياة الموصي، أو بعد موته، إلا أن يقبضها للموصى له، ويسلمها له. فلا رجوع له بعد ذلك، بينما يقول بعض المالكية بلزوم الإجازة إذا أجازها بعد موت الموصي، ولا رجوع للمالك بعد إجازتها. ومنشأ الخلاف سببان :

1- رواه أبو داود 259/2، وابن ماجة 347/1.

2- انظر : المحلى 327/9، الفتاوي الهندية 94/6، حاشية العدوي على الرسالة 196/2.

الأول الخلاف المشهور في تصرفات الفضولي في مال غيره، فمن رآها باطلة قال ببطلان وصية الإنسان بمال غيره، ومن رآها صحيحة موقوفة على إجازة المالك قال بصحة الوصية بمال الغير، ووقفها على إجازته. وفرق جمهور المالكية بين معاوضاته وتبرعاته، فقالوا بصحة معاوضاته، وبطلان تبرعاته، لأن تبرعاته محض ضرر بالمالك، لا نفع له فيها، فبطلت لحديث : "لا ضرر ولا ضرار"[1] بخلاف معاوضاته فلم يتمحض فيها الضرر، فأعطى المالك الخيار، ليقرر ما يراه صالحا له.

والسبب الثاني الخلاف المشهور أيضا في الهبة، هل تلزم بالعقد، أو لا تلزم إلا بالقبض ؟ الأول هو المشهور في مذهب مالك، والثاني هو مذهب الحنفية، والشافعية، والحنابلة.

فمن رأى أن الهبة لا تلزم بالقول قال هنا : يجوز للمالك الرجوع بعد الإجازة، لأن وصية الفضولي بمال الغير بمنزلة هبته وتصدقه به، فلا تلزم بالقول، ولا يجبر أحد على تسليم ماله لغيره، وهو قول الحنفية[2]، ومن رأى أن الهبة تلزم بالقول، ويجبر الواهب على تسليمها للموهوب له قال : إذا أجاز المالك وصية الفضولي بماله لم يجز له الرجوع، ويجبر على تسليم الوصية للموصى له، وهو قول البعض المذكور من المالكية[3].

الفرع الثاني في وقت اعتبار الملك :

بالنسبة لهذه النقطة هناك اتفاق بين الأئمة الأربعة على أن المعتبر هو وقت الموت في الوصية بجزء شائع من المال، مثل ثلث ماله، أو ربعه فإن الوصية بهذا تصح ولو كان الموصي لا يملك شيئا وقت الوصية، فإذا كسب شيئا بعد الوصية ومات فإن الوصية تنفذ فيما ترك، مما كان يملكه قبل الوصية، ومما ملكه بعدها، خلافا للظاهرية[4].

واختلف إذا كانت الوصية بشيء معين كهذه الدار، أو هذه الأرض، أو الضيعة الفلانية، أو فندق كذا، ونحو ذلك، فقال المالكية المعتبر وقت الموت، فإذا أوصى بذلك

1- رواه مالك، انظر المنتقى 40/6.

2- انظر الفتاوي الهندية 107/6، الفتاوي الخانية 435/6.

3- انظر : حاشية العدوي على الرسالة 196/2.

4- راجع المدونة 297/4، الفتح 369/5،المغني 134/6، المحلي 321/9.

وهـو لا يملكـه ثم ملكه بإرث، أو شراء، أو غيرهما قبل موته صحت وصيته، اعتبارا بما آل إلـيه الأمر. ولأن الوصية إنما تلزم بالموت[1]، فاعتبر الملك وقته، وقياسا على الوصية بشـائع، وعلـى الوصـية بـالدراهم المرسلة، فإنها صحيحة لا يشترط ملكها وقت الوصية. وقالـت الحنفـية المعتـبر وقت الوصية، فإذا أوصى بمعين لا يملكه، ثم ملكه لم تصح وصيته به[2]، وللشافعية قولان، بالصحة والبطلان، والراجح عندهم الصحة[3]، ويأتي الحديث عن الوصية بعين غير معينة في مبحث الموصى به.

المطلب الثامن :

فـــي تمــــام الملـــك

المـراد بهذا الشرط أن يكون الموصي مالكا لما أوصى به ملكا تاما، لا شائبة فيه لغـيره، وهـو يتضمن أمرين : السلامة من الدين المحيط، والسلامة من التبعات المستغرقة للذمة، لذلك نقسمه إلى فرعين :

الفرع الأول في السلامة من الدين المحيط :

يتفق الفقهاء على اعتبار سلامة الموصي من الدين المحيط بماله شرطا في الوصية، وأن المعتبر في ذلك هو وقت الموت، لا وقت الوصية.

فـإذا كـان وقـت الوصـية مفلسـا أحاط الدين بماله إلا أنه قضاه قبل الموت، أو سقط عنه بوجه من الوجوه فإن وصيته تصح وتنفذ.

أمـا إذا كـان وقت الوصية لا دين عليه، ثم أحاط الدين بماله بعد ذلك، ومات وهو كذلك، فإن وصيته تكون موقوفة على إجازة الغرماء، كسائر تبرعاته، فإن أجازوها مضـت، وإن ردوها بطلت، إلا أن يقضي دينه، أو يسقط عنه، تقديما لقضاء الدين على

1- انظر : المنتقى 152/6، الرهوني 259/8.

2- الفقه على المذاهب الأربعة 324/3 ـ الفقه الإسلامي وأدلته 47/8.

3- نهاية المحتاج 43/6، الأشباه والنظائر للسيوطي ص 124، الشرقاوي 75/2.

الوصية، لقوله تعالى : ﴿إن ترك خيرا﴾[1]، وهذا لم يترك شيئا، لأن ماله للغرماء، ولما روي (أنه صلى الله عليه وسلم قضى بالدين قبل الوصية[2]).

ولأن أداء الدين واجب، والوصية تطوع، والواجب مقدم على المندوب.

ولأن ما في يد المدين المفلس هو في الحقيقة مال الغرماء، فهم أحق به من الموصى له.

ولقوله صلى الله عليه وسلم : "لا صدقة إلا عن ظهر غنى"[3] والوصية نوع من الصدقة، أو ملحقة بها، والمدين الذي أحاط الدين بماله فقير، فلا وصية له، إلا أنه لما كان الحق يتعلق بالغرماء كانت الوصية صحيحة موقوفة على إجازتهم، ولم تكن باطلة رغم النهي عنها، لأن النهي عنها لأمر خارجي، يتعلق بحق آدمي، فلا يدل على فساد المنهي عنه، كما يقول الأصوليون[4].

وبهذا يقول جمهور الفقهاء... وقال ابن حزم ببطلان وصية من أحاط الدين بماله، وهو قول الحنفية[5]، ومنشأ الخلاف هل السلامة من الدين المحيط شرط نفاذ أو شرط صحة ؟ فمن رآها شرط نفاذ قال : الوصية صحيحة، موقوفة على إجازة الغرماء، قياسا على الوصية بجميع المال، فإنها صحيحة موقوفة على إجازة من له الحق وهم الورثة، ومن رآها شرط صحة قال الوصية باطلة، لأنها وصية بملك الغير، فلا تصح.

وقد أخذت القوانين المغربية والمصرية والسورية بمذهب مالك والجمهور، واعتبرت الوصية صحيحة موقوفة على إجازة الدائن الكامل الأهلية، أو سقوط الدين، كما جاء في الفصل 196 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية، لا تنفذ الوصية في تركة استغرقها الدين إلا بإجازة الدائن الكامل الأهلية أو بسقوط الدين[6].

1- من الآية 280 البقرة.

2- رواه الترمذي وأحمد وغيرهما، نيل الأوطار 53/6

3- رواه البخاري، الفتح 377/5.

4- راجع المحلى 210/1.

5- انظر المحلى 347/9، الفقه على المذاهب الأربعة 317/3، البدائع 335/7.

6- انظر : مدونة الأحوال الشخصية الفصل 196 والمادة 38 من القانون المصري والمادة 238 من القانون السوري.

فـإن كـان الديـن غير مستغرق فإن الوصية تنفذ في الباقي بعد أداء الدين، فإذا كـان الدين ألفا والتركة أربعة آلاف فإن الوصية تنفذ في الثلاثة آلاف الباقية بعد قضاء الدين في حدود ثلث الباقي.

الفرع الثاني في السلامة من استغراق ذمته بالتبعات :

المشهور في المذهب المالكي أنه يشترط في الموصي أن لا يكون مستغرق الذمة، فلا تصـح عـندهم وصية مستغرق الذمة، وهو في اصطلاحهم من استغرقت ماله التبعات التي علـيه من حقوق الله، وحقوق العباد التي لا يعرف أصحابها، مثل الزكوات، والكفارات، والـنذور، والغصـوب، والرشـاوي، والقمـار، والجـبايات الظالمة، وإن لم يأخذ منها شيئا لنفسه، أو المعاملات الفاسدة من ربا وغش وغير ذلك.

فهـؤلاء جمـيعا لا تصـح وصاياهم فيما بأيديهم من أموال لا يعرف أصحابها، لأنهـم لا يملكونها ملكا تاما، ولهذا لا تورث عنهم، ويسلك بها مسلك الفيء، توضع في بيت المال، لتصرف في مصالح المسلمين[1].

وكذلك لا تصح وصايا أبنائهم، وورثتهم فيما ورثوه عنهم، لأنهم لا يستحقونه، إلا أن يوصواهم أو ورثتهم بشيء منها من مصالح المسلمين فتصح حينئذ، لأن ذلك هو مصرفها، وقال بعض المالكية بصحتها في حدود الثلث[2].

واخـتلف الحنفـية في وصـية عامل السلطان، فقال بعضهم : إذا علم أنه من مال غـيره لا يحـل أخذه، وإن علم أنه مختلط بماله جاز أخذه، كما يجوز أخذه إذا لم يكن له علم بشيء.

وقال بعض آخر: إن كان مختلطا لا يجوز على قول أبي يوسف ومحمد، لأنه على ملـك صـاحبه، فـلا وجه له إلا الرد على صاحبه، وعلى قول أبي حنيفة يجوز أخذه إذا كان في بقية مال الميت وفاء بمقدار ما يرضي خصماءه[3].

1- راجع المعيار 137-147/6 – 175-255/9.
2- نفس المرجع ابن سلمون 164/2.
3- راجع الفتاوي الهندية 135/6.

المطلب التاسع :

في الإسلام وهو شرط ومحل تفصيل واختلاف

الكفار أربعة أصناف : مرتد، وذمي، وحربي، ومستأمن، لذلك نقسم هذا المطلب إلى أربعة فروع، نخصص الأول لوصية المرتد، والثاني لوصية الذمي، والثالث لوصية الحربي، والفرع الأخير لوصية المستأمن.

الفرع الأول في وصية المرتد :

الردة كفر المسلم، والمرتد : المسلم الذي خرج من دين الإسلام إلى غيره، وقد اختلف الفقهاء في صحة وصيته على أقوال أربعة :

الأول أن وصيته باطلة مطلقا، عاد إلى الإسلام أو لم يعد، وهو مشهور مذهب المالكية[1].

القول الثاني أن وصيته صحيحة موقوفة على مصيره، فإن عاد إلى الإسلام نفذت، وإن مات على الردة بطلت، وهو مذهب الشافعية وقول أشهب من المالكية[2].

القول الثالث أن وصيته صحيحة نافذة مطلقا، عاد إلى الإسلام أو قتل، أو مات على كفره، كان رجلا أو امرأة، وهو قول أبي يوسف من الحنفية[3].

القول الرابع الفرق بين المرتد والمرتدة : فالمرتدة وصيتها صحيحة نافذة، والمرتد وصيته موقوفة على ما يؤول إليه حاله، فإن أسلم صحت، وإن قتل كافرا أو لحق بدار الحرب بطلت، وهو قول أبي حنيفة[4].

حجة المالكية :

1ـ قوله تعالى : ﴿لئن أشركت ليحبطن عملك ولتكونن من الخاسرين﴾[5].

1- راجع الرهوني 240/8، العدوى 434/5.

2- الشرقاوي 389/2، الرهوني 240/8، التاج 968/6.

3- راجع الفتاوي الهندية 122/6، أحكام الوصايا و د فراج 88.

4- نفس المرجع.

5- من الآية 65 الزمر.

2ـ قولـه تعـالى : ﴿ومـن يكفـر بالإيمـان فقـد حـبط عمله وهو في الآخرة من الخاسرين﴾[1].

فلفـظ العمـل فـيهما مفـرد مضـاف إلـى معـرفة فيعم كل عمل، فتدخل في ذلك الوصية، فتبطل بالشرك، والكفر بعد الإيمان، وإذا بطلت الوصية بالردة الطارئة فإنها تبطل بالردة المقارنة من باب أولى، لما علم من أنه يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء.

والآيـة الأولـى مطلقـة فـيمن مـات على الشرك، ومن عاد إلى الإسلام، والثانية عامـة فيهما أيضا، لعموم لفظ ومن يكفر بالإيمان، ولأن العقد إذا وقع فاسدا حين عقده لا يقبل التصحيح بزوال مانعه.

وحجـة الشـافعية قولـه تعـالى : ﴿ومـن يرتدد منكم عن دينه فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم في الدنيا والآخرة وأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون﴾[2].

والحجة فيها من وجهين :

الأول أن اللـه شـرط في بطلان العمل بالردة الموت على الكفر، والشرط يلزم من عدمه العدم، فإذا عاد إلى الإسلام لم يبطل عمله، والوصية عمل من عمله فلا تبطل إذا عاد للإسلام، وهذا يدل على أنها موقوفة قبل موته.

والوجـه الـثاني أن هـذه الآية مقيدة وآية (لئن أشركت) مطلقة، والمطلق محمول على المقيد إذا اتحد حكمهما وسببهما اتفاقا[3].

كمـا أن آيـة ومـن يكفـر بالإيمـان عامة، وآية ومن يرتدد خاصة بمن مات على الكفر، والخاص مقدم على العام. إلا أن هذا مردود بأن دلالة الخاص هنا بطريق المفهوم، وهو مختلف في حجيته، وفي جواز التخصيص به، فيقدم العام عليه لأنه منطوق، ومتفق عل حجيته.

1- من الآية 5 المائدة.

2- من الآية 217 البقرة.

3- راجع المحيط الزركشي 10/5، إرشاد الفحول ص 164.

وبالنسبة لما قالوه من وجوب حمل المطلق على المقيد، وتقييد آية لئن أشركت بآية ومن يرتدد منكم عن دينه فيمت، فإن ذلك لا يصح، لأن شرط حمل المطلق على المقيد أن لا يتضمن المقيد حكما زائدا على حكم المطلق، وإلا وجب إبقاء المطلق على إطلاقه[1].

وآية البقرة تضمنت حكما زائدا على حكم المطلق في آية لئن أشركت، وهو الخلود في النار، المشار إليه في آخر الآية : ﴿**وأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون**﴾.

وهذا الحكم غير موجود في آية (لئن أشركت) ولذلك جاء التقييد في آية البقرة بالموت على الكفر، للتنبيه على أن حبوط العمل يقع بمجرد الردة، أما الخلود في النار فهو مشروط بالموت على الكفر.

وحجة أبي يوسف على صحة وصية المرتد والمرتدة، ونفاذها ولو ماتا على الكفر، أو قتلا عليه، هو أن شرط صحة الوصية ونفاذها هو أهلية الموصي للوصية، وملكه للموصى به، والمرتد قبل ردته يتمتع بهذه الأهلية، والأصل الاستصحاب، وبقاء ما كان على ما كان.

كما أن مخاطبته بالإيمان، وقتله عليه، دليل على بقاء أهليته، وعدم زوالها بردته، وميراث ماله عنه بعد قتله دليل على بقاء ملكه لماله، وأنه لم تزل ملكيته له.

وإذا ثبتت أهليته وملكه صحت وصيته[2].

أما أبو حنيفة فاعتمد في تفرقته بين المرتدة والمرتد على التفرقة بينهما في القتل، فإن المرتد يصير بارتداده مستحقا للقتل، فتوقف أمواله حتى يتبين أمره، وإذا وقف ماله وقفت تصرفاته فيه، بما في ذلك الوصية، فإن عاد للإسلام عاد إليه ماله، ونفذت تصرفاته ووصيته، وإن قتل كافرا، أو مات، أو لحق بدار الحرب وحكم بذلك تبين استقرار كفره، وزال ملكه عن ماله زوالا نهائيا، وبطلت وصيته.

1- المحيط 30/5، إرشاد الفحول ص 167.

2- أحكام الوصايا للدكتور فراج ص 88-89.

وهـذا بخـلاف المـرتدة فإنها لما كانت لا تقتل عنده بردتها، لم تتأثر أهليتها ولا ملكهـا لـما لهـا بمـا صـدر عـنها مـن الردة، وبقيت ملكيتها لما لها ملكية تامة، وصحت تصرفاتها فيها، ووصيتها بها[1].

إلا أن ما ذكره الحنفية مبني على أسس ضعيفة وغير صحيحة، وهي :

1- أن المرتدة لا تقتل وإن أصرت على ردتها، وهو قول مخالف للسنة النبوية، ويـرده حديـث "مـن بدل دينه فاقتلوه"[2] وهو عام في الرجل والمرأة، بناء على الصحيح عـند الأصـوليين أن مـن تشمل الإناث خلافا للحنفية في قولهم : إنها خاصة بالرجال، ولا تشمل الإناث، ولذلك قالوا لا تقتل المرتدة[3].

2- أن المـرتد يـورث، وهو أيضا مخالف للسنة، ويرده حديث "لا يرث المسلم الكافر، ولا الكافر المسلم"[4]، وهو عام في الكافر الأصلي، والمرتد، لقاعدة المفرد المحلى بال يفيد العموم على الصحيح عند الأصوليين.

3- القـول بـأن المرتد يتمتع بأهلية كاملة، وملكية تامة، وهو خلاف الصحيح عـند الأصـوليين مـن أن الردة تعتبر من عوارض الأهلية التي تؤثر فيها، ومخالف لمذهب الجمهور من وقف مال المرتد زمان استتابته، فسبب الخلاف هو زوال ملكه بالردة أو بقاؤه أو وقفه[5]، وحكى ابن المنذر الإجماع على بقاء ملكه[6].

والخلاصـة أن مـا ذهـب إليه المالكية من بطلان وصية المرتد ولو عاد لدينه هو الأظهـر نظـرا، والأقوى دليلا ، وأوفق بقواعد الأصول، وما قاله الحنفية أضعف توجيها، وأكثر مخالفة للأصول، بينما يعتبر مذهب الشافعي وسطا بين المذهبين.

1- نفس المرجع والصفحة.
2- رواه الجماعة إلا مسلما، نيل الأوطار 191/7، انظر : الفتح 267/12، سنن الترمذي 10/3، سنن أبو داود 126/4.
3- راجع المحلي 230/1.
4- رواه الجماعة إلا مسلما، راجع نيل الأوطار 73/6، الفتح 50/12، سنن الترمذي 286/3.
5- الأشباه والنظائر للسيوطي ص 192-193.
6- كتاب الإجماع لابن المنذر ص 163.

الفرع الثاني في وصية الذمي :

الذمي عند الفقهاء هو الكافر الذي يعيش تحت حكم المسلمين، وقد اتفقت المذاهب الأربعة على صحة وصيته ونفاذتها في الجملة، وحكى ابن المنذر الإجماع على جوازها فيما نقله ابن حجر[1].

ونقل القرافي عن بعض الفقهاء في أهل العنوة أنه لا تصح وصاياهم في ثلث ولا غيره، لأنهم في حكم العبيد المأذون لهم في التجارة، وكل ما بأيديهم هو مال للمسلمين، فلا تصح وصيتهم فيه لعدم ملكهم له[2].

الفرع الثالث في وصية الحربي :

الحربي هو الذي تكون بين المسلمين وبين قومه حرب، لا عهد بين المسلمين وبينهم، وقد روى أبو داود أن العاص بن وائل أوصى بأن يعتق عنه مائة رقبة، فأعتق عنه ابنه هشام خمسين، وسأل عمرو بن العاص النبي صلى الله عليه وسلم أيعتق عن أبيه (مثل أخيه) فقال النبي صلى الله عليه وسلم : "لو كان مسلما فأعتقتم عنه، أو تصدقتم عنه، أو حججتم عنه بلغه ذلك"[3].

وهذا ظاهر في عدم صحة وصية الحربي في دار الحرب، لأنها لو كانت صحيحة لأمره بتنفيذها حين استاذنه في ذلك، كما أذن لسعد بن عبادة في الصدقة عن أمه والعتق عنها، ولما أشار عليه ضمنا بعدم تنفيذها حين قال له : لو كان مسلما فأعتقتم، عنه أو تصدقتم عنه، أو حججتم عنه بلغه ذلك.

ويؤيد هذا أن الحكمة من مشروعية الوصية الزيادة في العمل، والكفار لا عمل لهم، ولا يقبل منهم ما عملوه.

لكن قال الشوكاني : ليس في هذا الحديث دليل على عدم صحة وصية الكافر، إذ لا ملازمة بين عدم قبول ما أوصى به من القرب، وبين عدم صحة الوصية مطلقا،

1- الفتح 357/5.

2- الذخيرة 12/7.

3- رواه أبو داود، انظر : نيل الأوطار 43/6، سنن أبي داود 118/3.

ولكن فيه دليل على عدم وجوب تنفيذها[1]، فالإسلام على هذا شرط نفاذ لا شرط صحة.

وقد اختلف الفقهاء في وصية الحربي، فأطلق المالكية القول بجواز وصية الكافر، ولم يفرقوا بين الحربي والذمي والمستأمن[2].

وقال الشافعية تصح وصيته إذا كان ماله في بلد الإسلام بأمان، ولا تصح إذا كان ماله في بلد الحرب، وبقي فيها[3] لأنه يتعذر تنفيذها.

وقال الحنفية : إذا أوصى وهو في دار الحرب ثم أسلم أهلها، أو صاروا أهل ذمة صحت وصيته، وتنفذ إذا كانت قائمة العين لم تستهلك، وإن استهلكت قبل التمكن بطلت، ولا يقضى بها، والفرق أن أهل الحرب إذا أسلموا، أو صاروا ذمة لا يؤاخذون بما استهلك بعضهم لبعض، وبما غصبه بعضهم من بعض، بل يبطل ذلك كله.

ولهذا إذا كانت الوصية قائمة يقضى بها، وإذا استهلكت لا يقضى بها، كما أنه ما دام في بلد الحرب فإنه لا سبيل لتنفيذ وصيته، للعجز عن ذلك[4].

الفرع الرابع في وصية المعاهد :

المعاهد أو المستأمن هو الذي يدخل بلد الإسلام بأمان، وهو مثل الذمي تصح وصيته مبدئيا باتفاق المذاهب، ونشير في آخر هذا المطلب إلى أن وصية الكافر في الحالات التي يجوز له فيها الإيصاء يشترط فيها أن لا تكون بمعصية، ولا لجهة معصية، ولا تزيد على الثلث، وسنعود لهذه المواضع عند الحديث عن الموصى له والموصى به بتفصيل.

1- نيل الأوطار 43/6.

2- انظر الزرقاني 175/6، مواهب الجليل على خليل 365/6.

3- نهاية المحتاج وحواشيه 40/6.

4- انظر : الفتاوي الهندية 132/6، البدائع 335/7.

المطلب العاشر :

في استقرار حياة الموصي

والمقصود بهذا الشرط أن يكون الموصي حين الوصية في حياة مستقرة تامة، وبعبارة أخرى أن لا يكون منفوذ المقاتل كلها، أو بعضها، وهو شرط مختلف فيه عل قولين.

الأول أنه شرط صحة، وأن وصية منفوذ المقاتل أو بعضها وصية باطلة، وإن كان عاقلا تام التمييز عند الوصية، لأنه في حكم الأموات.

والقول الثاني أنه ليس بشرط، وأن وصية منفوذ المقاتل صحيحة إذا كان تام الوعي والإدراك، كغيره من الناس، ومنشأ الخلاف اختلاف الفقهاء في الاعتداد بما بقي فيه من الحياة، وعدم الاعتداد بها.

فمن اعتبرها رآه من الأحياء، وأجرى عليه أحكام الحياة، يرث ويورث، ويوصى له، ويوصي، ويقتص ممن أجهز عليه، إلى غير ذلك.

ومن لم يعتبر ما بقي به من الحياة عده في الأموات، لا يرث، ولا يوصي، ولا يوصى له، ولا يقتص ممن أجهز عليه[1].

والأول أصح، وهو الذي يدل عليه إجماع الصحابة على صحة وصية عمر، وعلي رضي الله عنهما، بعدما طعن أبو لؤلؤة عمر، وأنفذ مقاتله، وضرب الخارجي عليا على رأسه، وأيس من حياته[2].

والمقاتل المتفق عليها هي :

1- انتثار الدماغ وانتشاره.

2- قطع الودجين، وهما عرقان في صفحة العنق.

---

[1]- راجع أوضح المسالك إلى قواعد الإمام مالك ص 237، الزرقاني 8/8.

[2]- انظر نيل الأوطار 45/6، الذخيرة 93/7.

3- انتشار الحشوة.

4- انقطاع النخاع وهو المخ الذي في عظام الرقبة والصلب.

5- خرق أعلى المصران في مجرى الطعام والشراب.

واختلف في اندقاق العنق من غير أن يقطع النخاع، وفي انشقاق الأوداج من غير قطع[1].

أما المجروح الذي لم تنفذ مقاتله، ولا بعضها، والمرضى الميؤوس من حياتهم فإنه لا خلاف بين العلماء في صحة وصاياهم، ولو أشرفوا على الموت، مادام الموصي منهم واعيا لما يقول، تام التمييز والإدراك عند الإيصاء، فإن غلب على عقله فلا وصية له، والأصل في ذلك قوله تعالى : ﴿**كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف**﴾[2] فإذا كانت وصية من حضره الموت، وبلغت روحه الحلقوم صحيحة فإن وصية غيرهم من المرضى والمصابين الذين لم يبلغوا هذا المبلغ أولى بالصحة وأحرى.

المطلب الحادي عشر :
انتفاء قصد الإضرار بالوصية

وهو شرط مختلف فيه على أقوال :

الأول وهو المشهور المعمول به في مذهب مالك أنه لا يشترط انتفاء قصد الإضرار بالورثة في الوصية، متى كانت الوصية بالثلث فأقل[3].

والقول الثاني أنه يشترط في صحة الوصية أن لا يقصد الموصي بوصيته الإضرار بالورثة، وأنه إن كان غرض الموصي الإضرار بهم، وتحويل المال عنهم، وصرفه إلى

1- القوانين الفقهية ص 159.

2- من الآية 281.

3- راجع المحرر الوجيز 44/4، الجامع لأحكام القرآن 54/5، المعيار 367/9-186.

غيرهم، بغضا فيهم، وكرها لهم، لم تنفذ وصيته، وترد إلى الورثة إذا ثبت الإضرار بإقرار، أو بينة، أو قرينة، كانت الوصية بالثلث، أو أقل، أو أكثر[1].

واحتج هؤلاء بالكتاب والسنة والنظر.

أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿**من بعد وصية يوصي بها أو دين غير مضار**﴾[2] فقوله تعالى : غير مضار راجع للوصية والدين معا، وهو يدل بمفهومه على أن وصية المضار لا تنفذ قبل الميراث، ولا تخرج قبله، وكذلك قوله تعالى : ﴿**فمن خاف من موص جنفا أو إثما فأصلح بينهم فلا إثم عليه**﴾[3]، والجنف الميل في الوصية. والإثم الإضرار فيها، وهذا دليل على عدم لزوم وصية الضرر وأنه لا يجب تنفيذها.

وأما السنة فهناك ثلاثة أحاديث :

1- قوله صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار"[4]، وهو عام في كل ضرر، فيشمل الأضرار في الوصية، والنفي في الحديث بمعنى النهي، والنهي يدل على فساد المنهي عنه.

2- حديث : "الإضرار في الوصية من الكبائر"[5] رواه سعيد موقوفا، والنسائي مرفوعا، ورجاله ثقات.

والكبائر منكر، والمنكر يجب تغييره وإزالته، وذلك برد الوصية وإبطالها.

3- حديث أبي هريرة مرفوعا : "إن الرجل ليعمل أو المرأة بطاعة الله ستين سنة، ثم يحضرهما الموت، فيضاران في الوصية، فتجب لهما النار، ثم قرأ أبو هريرة، من بعد وصية يوصي بها أو دين غير مضار، وصية من الله إلى قوله : وذلك الفوز العظيم"[6] فهذا دليل على تحريم المضارة في الوصية، والحرام يجب رده وإبطاله.

1- المعيار 368/9، نيل الأوطار 37/6.

2- من الآية 12 النساء.

3- من الآية 182 البقرة.

4- سبق تخريجه.

5- انظر سنن سعيد 109/1،الفتح 359/5، نيل الأوطار 36/6، سنن الدارقطني 151/4.

6- رواه أبو داود والترمذي وحسنه، وانظر نيل الأوطار 36/6-37. سنن أبي داود 113/3 ـ سنن الترمذي 292/3.

وأمـا النظر فإن الحكمة من مشروعية الوصية التقرب إلى الله، والزيادة في العمل الصالح، كما دلت على ذلك الأحاديث السابقة الواردة في الموضوع.

فـإذا لم يقصد الموصي بوصيته هذا المعنى، وقصد الإضرار بالورثة، انتفت الحكمة من الوصية في حقه، فلا تشرع له لانتفاء حكمتها[1].

إلا أن هذا كله لا تتم به الحجة على منع الوصية ضررا، ويمكن الإجابة عنه ورده بما يلي :

1- أن الإضـرار الممنوع في الوصـية هو ما منعه الشرع، مثل الوصية للوارث، والوصية بأكثر من الثلث، والإقرار بالدين كذبا، أو الاعتراف بقبضه كذبا كذلك.

وإمـا الوصـية بالثلـث فهـي حق للموصي في ماله، بشهادة الأحاديث الواردة في ذلك، مثل حديث سعد : الثلث والثلث كثير، أو كبير، ومن تصرف في حقه فتضرر غيره لم يعـد تصـرفه مضـارة، فـلا تشمله أدلة تحريم المضارة، لأنه ليس مضارة، وبذلك يسقط احتجاج المانعين بالكتاب والسنة.

وأما انتفاء الحكمة فإنه يجاب عنه بجوابين :

الأول مـنع انحصـار الحكمة في ذلك، بل هناك حكم أخرى، وعلى تسليم انحصار الحكمة في ذلك فإنه لا يلزم من انتفاء الحكمة انتفاء الحكم.

وقـال الـلخمي : إذا أوصى بما يضر من غير نفع له كثوب أن يحرق، أو دار أن تهـدم، أو تخلـى بغـير سكنى بطلت لقوله تعالى : "غير مضار"، ولنهيه عليه السلام عن إضاعة المال.

فـإن قصـد الضـرر وجعلها في قربة فيوصي بثلث ماله لوارث ويقول : إن لم يجز الورثـة فهي في سبيل الله بطل الجميع، لأنه قصد الضرر أولا، وإن أوصى لموسر أو فيما لا يراد به القربة فالأشبه المنع إذا أراد ضرر الورثة، والتضييق عليهم في التركة[2].

1- انظر نيل الأوطار 37/6.

2- راجع الذخيرة 38/7.

وقال جابر : للموصي الحق في الثلث وإن أمر أن يلقى في البحر، قال ابن سيرين: أما البحر فلا ، ولكن يمضي كما قال[1].

والخلاصة أن الضرر الممنوع في الوصية هو الوصية لوارث مطلقا أو الوصية لغيره بأكثر من الثلث أو الوصية بإتلاف مال وإضاعته، وأن الوصية بالثلث فأقل لغير وارث صحيحة نافذة ولو قصد بذلك الضرر بالورثة.

المطلب الثاني عشر :

في السلامة من اعتقال اللسان

المراد باعتقال اللسان احتباسه عن الكلام، وعجزه عن النطق، لأمر عارض طرأ عليه، بعدما كان قادرا على الكلام، بسبب مرض أو غيره، وهو شرط مختلف فيه، ذهب الحنفية، والحنابلة، والأوزاعي، إلى اعتباره شرط صحة، وبنوا على ذلك أن القادر على النطق إذا طرأ على لسانه ما يمنعه من الكلام فإن وصيته لا تصح، بالإشارة، ولا بالكتابة، إلا إذا طالت مدة اعتقال لسانه شهرا، أو ستة أشهر، أو سنة، أو إلى أن يموت على خلاف بينهم في ذلك[2].

وخالفهم المالكية والشافعية، فلم يعتبروا اعتقال اللسان مانعا من الوصية، ولا السلامة منه شرطا في صحتها، وأجازوا وصية معتقل اللسان بالكتابة، والإشارة المفهمة، كالأخرس خلقة[3]، وستأتي أدلة الفريقين عند الحديث عن صيغة الوصية.

1- التمهيد 302/14.

2- الفقه على المذاهب الأربعة 318/3.

3- أحكام الوصايا للدكتور فراج 42-43.

المطلب الثالث عشر :

في وجـود ورثـة للموصـي

اتفـق جمهـور الفقهـاء علـى أنـه لا يشـترط في الموصي أن يكون له ورثة يرثونه شرعا، وشذ بعض الفقهاء فاشترط فيه أن يكون له ورثة، وبنى على ذلك بطلان وصية من لا وارث لـه إلا بيـت المـال، محتجا بحديـث لا وصية لوارث، زاعما أن من لا وارث له فالمسـلمون كلهـم ورثـته، فأي واحد أوصى له يصدق عليه أنه أوصى لوارث، وهو قول ضـعيف، وفهـم خاطـئ لـنص الحديـث، فـإن المقصود بالوارث فيه هو الوارث الخاص لا الوارث العام[1].

المطلب الرابـع عشر :

في غنى الموصي

هذا أحد الشروط المختلف فيها، ونتحدث عنه في نقطتين : الأولى مبدأ اشتراط الغـنى في الموصـي وعدمه، والثانية في مقدار الغنى الموجب للوصية، ونخصص لكل منهما فرعا خاصا بها.

الفرع الأول في اشتراط الغني وعدمه :

بالنسبة للنقطة الأولى هناك خلاف :

القـول الأول مذهـب الجمهـور أن الغـنى شرط كمال فقط، يستحسن وجوده في الموصي، ولا تتوقف عليه صحة الوصية، ولا تنفيذها، وحكى ابن عبد البر الإجماع على أن قليل المال لا يندب إلى الوصية[2]، ومن هنا قالوا بكراهة وصية الفقير لغيره.

1- انظر الفتح 373/5.

2- انظر : التمهيد 291/14، المغني 3/6.

وحجة هؤلاء :

1- قوله تعالى : ﴿**إن ترك خيرا**﴾[1] والخير هو المال الكثير.

2- حديث سعد بن أبي وقاص قال : "جاءني رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودني من وجع اشتد بي، فقلت : يا رسول الله صلى الله عليه وسلم : إني قد بلغ بي من الوجع ما ترى، وأنا ذو مال، ولا يرثني إلا ابنة لي، أفأتصدق بكل مالي ؟ فقال : لا، قلت فالشطر يا رسول الله ؟ قال : لا، قلت فالثلث ؟ قال : الثلث، والثلث كثير، أو كبير، إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس"[2].

والحجة فيه من وجهين :

الأول في قول سعد : وأنا ذو مال : فإنه يدل بطريق الإيماء على أنه صلى الله عليه وسلم لم يأذن له إلا لكونه ذا مال، ولو كان فقيرا لما أذن له.

والثاني في قوله عليه الصلاة والسلام إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس، فإن فيه دلالة واضحة على أن الفقير لا تستحب، أو لا تشرع في حقه الوصية، لما يترتب عليها من ترك ورثته فقراء يتكففون.

3- حديث : "ابدأ بنفسك ثم بمن تعول".

4- حديث : "لا صدقة إلا عن ظهر غنى" رواهما البخاري[3].

5- ما روي عن علي، وعائشة، وابن عباس رضي الله عنهم من النهي عن الوصية في المال القليل[4]، وهم أعلم الناس بلغة العرب، وكتاب الله، وقد حملوا الخير في الآية على المال الكثير، فينبغي الوقوف عند فهمهم.

القول الثاني أن الوصية حق في قليل المال وكثيره، وهو قول الزهري، وابن أبي مجلز، وابن حزم، والطبري[5]، وحجتهم :

1- من الآية 180 البقرة.

2- رواه الجماعة نيل الأوطار 33/6.

3- الفتح 377/5، سبل السلام 162/2.

4- راجع الفتح 357/5، التمهيد 296/14، المغني 3/6.

5- راجع المحلى 321/9، التمهيد 386/8،الفتح 354/5.

1- عموم قوله تعالى : "إن ترك خيرا" والخير المال، وهو نكرة في سياق الشرط فتعم.

2- قوله عليه الصلاة والسلام : "ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه"[1]، وشيء نكرة تصدق بالقليل والكثير.

3- ومن جهة النظر، فإن الوصية شرعت لكفارة الذنوب، والزيادة في الحسنات، والفقير في حاجة إلى ذلك كحاجة الغني.

واتفق الجميع على أنه إذا أوصى الفقير فإن وصيته تصح، ويجب تنفيذها، لعموم قوله تعالى : ﴿**من بعد وصية يوصي بها أو دين**﴾[2] وقوله : ﴿**فمن بدله بعد ما سمعه فإنما إثمه على الذين يبدلونه**﴾[3].

الفرع الثاني في مقدار الغنى الموجب للوصية :

اختلف العلماء في قدر المال الذي لا تستحب لمالكه الوصية فيه، فعن علي رضي الله عنه، أربعمائة دينار قليل، وعن ابن عباس رضي الله عنه سبعمائة درهم، وعنه ستون دينارا، وعن عائشة رضي الله عنها أن رجلا قال لها : لي ثلاثة آلاف درهم، وأربعة أولاد، أفأوصي ؟ فقالت : اجعل الثلاثة للأربعة[4]، وقال أحمد : ما دون الألف قليل، وقال أبو حنيفة : القليل أن يصيب أقل الورثة خمسون درهما، وعنه أن يترك لكل وارث أربعة آلاف سوى الوصية، وعن الفضلي عشرة آلاف درهم[5].

والأحسن كما قال ابن قدامة : أن الأمر يختلف باختلاف المال، واختلاف الورثة قلة وكثرة، وغنى وحاجة، وأنه متى كان المتروك لا يفضل عن غنى الورثة فلا تستحب فيه الوصية، لقوله صلى الله عليه وسلم : "لأن تدع ورثتك أغنياء خير من أن

1- سبق تخريجه.
2- من الآية 11 النساء.
3- من الآية 181 البقرة.
4- راجع المغني 3/6، الجامع لأحكام القرآن 175/2.
5- الفتاوي البزارية 433/6.

تدعهم عالة يتكففون الناس" فأناط الأمر بإغناء الورثة بالإرث، وصونهم عن التكفف، ولم يحدد لذلك عددا، فلا ينبغي تقديره بمقدار[1].

ولهذا قال الشعبي : ما من مال أعظم أجرا من مال يتركه الرجل لولده يغنيهم عن الناس[2].

المطلب الخامس عشر :

في الحرية

وهي شرط متفق عليه بين الفقهاء فلا تصح وصية العبيد بقليل ولا كثير، ولا حاجة لبسط الكلام فيه بعد اختفاء الرق من الوجود.

ونختم هذا المبحث بالإشارة إلا أنه لا يشترط في الموصي أن يكون ذكرا، أو أنثى، ولا أن يكون مقيما في البلد، ولا أن يكون صحيحا، ولا غير وارث للموصى له.

فتصح الوصية من المرأة في مالها بما تصح به وصية الرجل، كانت بكرا، أو ثيبا، متزوجة أم لا، رشيدة أو سفيهة، أو صغيرة مميزة، ولا كلام لولي المرأة، ولا لزوجها، كما تصح وصية المسافر، والأسير والمريض بإجماع الفقهاء.

وقد دل على ذلك الكتاب، والسنة، والأثر، فقد قال تعالى في وصية المرأة : **﴿وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث من بعد وصية يوصي بها أو دين﴾**[3]، فهذا نص صريح في صحة وصية المرأة ونفاذها، وهو عام في الزوجة وغيرها، وقال في وصية الزوجات : **﴿ ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد، فإن كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين﴾**[4] وقد غابت الآيتان عن ابن حزم فتكلف الاستدلال لوصية المرأة بأن أمر الله تعالى بالوصية جاء عاما للمؤمنين،

1- المغني 3/6.

2- نفس المرجع والصفحة.

3- من الآية 12 النساء.

4- من الآية 11 النساء.

وهـو لفظ يعم الرجال والنساء، ولم يخص فيه أحدا من أحد، ﴿**وما كان ربك نسيا**﴾[1]، مـع العـلم بـأن أدلـة الوصـية جـاء الخطـاب فيها بصيغة التذكير : كتب عليكم، شهادة بينكم، وفي شمولها للإناث بطريق القياس، أو النص خلاف بين الأصوليين، وهو لا يقول بالقـياس. كمـا جـاء حديـث، ما حق امرئ مسلم... بصيغة التذكير أيضا. إلا أن ابن حـزم ممـن يـرى دخـول الإنـاث في خطـاب التذكير ونسبه القاضي عبد الوهاب لمذهب مالك.

وقـال تعـالى في وصـية المسافر : ﴿**يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم إن أنتم ضربتم في الأرض فأصابتكم مصيبة الموت**﴾[2].

وكتـب عمـر بـن عـبد العزيـز إلـى أحـد عمالـه في وصية الأسير : اجز وصية الأسـير، وعتاقـته، ومـا صـنع في مالـه، مـا لم يتغير عن دينه، فإنما هو ماله يصنع فيه ما يشاء[3].

1- المحلى 327/9.

2- من الآية 106 المائدة.

3- رواه البخاري معلقا، انظر الفتح 49/12.

المبحث الثاني :

في الموصى له

الموصى له هو الركن الثاني من أركان الوصية، وهو المستفيد منها والمتبرع عليه بها، كان إنسانا أو غيره، ويشترط فيه أربعة عشر شرطا، ما بين متفق عليه، ومختلف فيه، وما بين شروط صحة، وشروط نفاذ، وشروط كمال، وهي :

1- أن يكون موجودا وقت الوصية.

2- أن يكون معلوما معروفا غير مجهول.

3- أن يكون ممن يحصى.

4- أن يكون أهلا لتملك الموصى به.

5- أن لا يكون جهة معصية.

6- أن يكون مسلما.

7- أن لا يكون قاتلا للموصي.

8- أن لا يكون وارثا للموصي.

9- أن لا يكون صديقا ملاطفا.

10- أن يكون من أقارب الموصي.

11- أن لا يكون واليا ولا حاكما على الموصي.

12- أن لا يكون غنيا.

13- أن لا يكون أجنبيا لا تجيز دولته الوصية للمسلم.

14- أن لا يكون مملوكا للموصي.

ولتفصيل ذلك نخصص لكل شرط من هذه الشروط مطلبا خاصا نبين أقوال الفقهاء فيه، وما ينبني على شرطه في حالة فقدانه.

المطلب الأول :

في وجوده

وهو شرط مختلف فيه، مذهب المالكية أنه لا يشترط وجود الموصى له حين الوصية مطلقا، كان الموصى له شخصا أو جهة من جهات البر[1]..

ومذهب الشافعية والحنابلة اشتراطه مطلقا، كان الموصى له جهة أو إنسانا[2].

وفرق الحنفية بين الموصى له المعين وغيره، فاشترطوا في المعين وجوده عند الوصية، إذا كان معينا باسمه، أو بالإشارة إليه، فإذا أوصى لابن عمه محمد، أو لحمل هذه المرأة، فتبين أن ابن عمه ليس ولده اسمه محمد، أو أن المرأة الموصى لحملها لا حمل بها وقت الوصية بطلت الوصية، بخلاف الموصى له غير المعين فإنه لا يشترط وجوده حين الوصية، ويكفي وجوده عند وفاة الموصي، كمن أوصى لبني فلان، وليس لفلان ابن يوم الوصية، ثم حدث له بنون بعد ذلك، ومات الموصي فإن الوصية تصح لوجود الموصى له عند الموت، وإن كان غير موجود وقت الوصية، لأن الموصى له غير معين.

وقد اختلفت القوانين الوضعية في هذا الشرط متأثرة باختلاف الفقهاء، واختلاف البلدان الصادرة فيها تلك القوانين، وهكذا أخذ القانون المغربي بمذهب مالك، فلم يشترط هذا الشرط، حيث يقول في الفصل 178 (تصح الوصية لمن كان موجودا وقتها أو كان منتظر الوجود) وأكد ذلك في الفصل 207، حين أجاز الوصية للجهة المنتظرة بقوله : تصح الوصية لجهة معينة من جهات البر قبل وجودها.

أما القانون المصري فأخذ بمذهب الحنفية في الموصى له المعين، فاشترط وجوده وقت الوصية، وأخذ بمذهب المالكية في الموصى له غير المعين، وفي الجهة المعينة، فقد جاء في المادة السادسة من القانون المصري ما يلي : يشترط في الموصى له :

---

[1]- انظر الزرقاني 176/8.

[2]- راجع نهاية المحتاج 43/6، بدائع الصنائع 335/7.

- أن يكون موجودا عند الوصية إذا كان معينا، فإن لم يكن معينا لا يشترط أن يكـون موجودا عند الوصية، ولا وقت موت الموصي، كما جاء في المادة الثامنة تصح الوصية لجهة معينة من جهات البر، ستوجد مستقبلا ، وفي المادة 26 تصح الوصية بالأعيان للمعدوم، ولما يشمل الموجود والمعدوم.

ومن تفاريع هذا الشرط الوصية للميت والوصية للحمل، والوصية للمعدوم، فهي مسائل ثلاثة نخصص لكل منها فرعا.

الفرع الأول في الوصية للميت :

والحديث عنها في ثلاث نقط، في الوصية للميت ابتداء واستقلالا ، وفي الوصية له مع الحي، وفي الوصية للحبيين بموت أحدهما.

بالنسبة للنقطة الأولى هناك خلاف بين المالكية وغيرهم.

الأول مذهـب الشافعية، والحنفية، والحنابلة أن الوصية للميت باطلة مطلقا، علم الموصي بموته أم لا، وهو قول لمالك[1].

والقـول الـثاني للمالكية الفرق بين العلم بموته وعدمه، فإن لم يعلم بموته فالوصية باطلة، وإن كان يعلم بموته وأوصى له فإن الوصية صحيحة، تقضى منها ديونه إن كانت، وإن لم تكن عليه ديون فهي لورثته، وإن لم يكن له ورثة بطلت، وقيل توضع في بيت المال، لأنه وارث من لا وراث له[2].

حجـة القـائلين بالـبطلان أن من شرط الموصى له أن يكون موجودا، والميت غير موجـود، وأيضـا الوصـية تملـيك، والميـت فـاقد لأهلـية الـتملك، فـلا تصح الوصية له، كالوصية للجماد[3].

ويشـبه أن يكون الخلاف مبنيا على الخلاف في المعتبر في باب الوصايا، هل دلالة اللفـظ، أو مقصود الموصي ؟ فمن راعى اللفظ قال : هي وصية باطلة، لأنها وصية لميت لا يملـك، ومن راعى المقصود قال : بصحتها إذا كان عالما بموته، لأن الموصي لما أوصى

1- راجع المغني 21/6، البداية 334/2.

2- الزرقاني 178/8، المدونة 315/4، الذخيرة 24/7.

3- انظر : المغني 21/6، نهاية المحتاج 43/6، المبسوط 159/24.

لـه وهو يعلم بموته فكأنه أوصى لغرمائه، أو ورثته، وهم يملكون فتصح الوصية له حينئذ، مراعاة لقصد الموصي.

ومـن الوصـية للميـت الوصـية للأولـياء والصالحين، كالوصية للمولى إدريس، والمولـى عـبد السلام، وقد أفتى الفقهاء بصحتها، لأنها وصية لميت يعلم الموصي موته، إلا أنهم قالوا يرجع في مصرفها إلى قصد الموصي :

فـإن كـان قصـده نفـع الميت بالصدقة عنه تصدق بها حيث شاء، وإن قصد نفع الفقـراء المجـاورين لـه دفعـت إليهم، وإن لم يعلم قصده فلينظر إلى عادة أهل البلد من دفعها لذريته الفقراء والأغنياء معا، أو الفقراء خاصة[1].

وبالنسـبة للـنقطة الثانية التي هي الوصية لحي وميت هناك خلاف من نوع آخر، وهـو إذا بطلـت وصية الميت عند القائلين به، فماذا يستحق الحي من الوصية، قال مالك وأبو حنيفة وإسحاق للحي نصف الوصية فقط، والنصف الآخر لورثة الموصي، سواء قال لفلان وفلان، أو قال بين فلان وفلان، وهو أحد قولي الشافعية أيضا[2].

وفـرق أبـو يوسـف ومحمـد، والـثوري بين الصيغتين، فقالوا في الصيغة الأولى : لفـلان وفـلان، الوصـية كلهـا للحي، بخلاف الصيغة الثانية فليس له إلا نصف الوصية، وقوفـا مـع لفظـة بـين، فإنهـا صريحة في التقسيم والتجزئة، فصار كأنه أوصى لكل واحد منهما بنصف الوصية صراحة[3].

وفي رواية عن أحمد وأبي يوسف أنه إذا علم الموصي بموت الميت فالوصية كلها لـلحي، وإن لم يعـلم بموتـه فلـيس لـه إلا نصـفها، وحجـته القـياس علـى الوصية لفلان وللجماد، فإنها تكون كلها لفلان[4].

وبالنسـبة للـنقطة الثالـثة، وهـي ما إذا أوصى لاثنين فمات أحدهما، فإن هناك اتفاقـا أنـه لـيس للحي إلا نصيبه فقط، أما نصيب الميت فإنه يعود للورثة إذا كان موته

1- العمل الفاسي بشرح كنون ص 92-93.
2- نهاية المحتاج 74/6، المغني 21/6.
3- انظر المغني 21/6.
4- راجع المغني 21/6، المبسوط 159/24.

قبل موت الوصي، وإن مات بعده فهو لورثة الموصى له الميت، إذا مات بعد قبوله، وإن مات قبل القبول فلورثته القبول[1].

الفرع الثاني في الوصية للحمل :

والحديث عنها مختصر في أربعة محاور في مشروعيتها، وفي شروطها، وفي تعدد الحمل وموته، وفي الغلة قبل وجود الحمل، نخصص لكل محور مسألة.

المسألة الأولى مشروعية الوصية للحمل :

بالنسبة لمشروعية الوصية للحمل ليس هناك اختلاف بين الفقهاء في جوازها، وصحتها للحمل الموجود المعين، كهذا الحمل، أو لما في بطن هذه المرأة، سواء كان من نكاح، أو شبهة، أو زنا[2].

والأصل في ذلك : أولا عموم أدلة الوصية، وإطلاقها، فإنها لم تخص الحمل من غيره.

وثانيا القياس على الإرث بجامع أن كلا من الوصية والإرث ينقل الملك بالخلفية، فكما أن الحمل يرث كذلك يصح أن يوصى له.

وثالثا الحمل يتمتع بأهلية الوجوب، وإن كانت ناقصة، وهي تخوله حق اكتساب الحقوق، والوصية إحدى هذه الحقوق يتمتع بأهلية استحقاقها فتصح له.

وقد اتفقت القوانين الوضعية على صحة الوصية للحمل، متأثرة باتفاق الفقهاء على ذلك.

---

[1]- انظر : المدونة 316/4، المبسوط 159/24، المغني 22/6، سنن سعيد 114/1.

[2]- نهاية المحتاج 43/6.

المسألة الثانية في شروط الوصية للحمل :

بالنسبة لهذه النقطة هناك ثلاثة شروط :

الأول أن يولد حيا، وهو شرط متفق عليه بين المذاهب الأربعة، إذا ولد حيا صحت الوصية له، وإذا ولد ميتا بطلت الوصية له، لعدم وجوده[1]، إلا أنهم اختلفوا في أمرين : الأول متى تعتبر حياته، والثاني فيما تعتبر به حياته.

أما متى تعتبر حياته فالجمهور يشترطون حياته بعد انفصاله كله عن أمه، وقال الحنفية : يكفي خروج أكثره وهو حي، ولو مات بعد ذلك، قبل خروج كله من بطن أمه.

واكتفى الظاهرية بخروج بعضه حيا، كأن أقله أو أكثره[2].

والقولان معا مردودان بحديث (إذا استهل المولود ورث)، فإن ظاهره أنه لابد من استهلال جميعه، وحمله على استهلال الأكثر كما يقول الحنفية، أو مطلق البعض كما يقول الظاهرية خلاف الظاهر، ومجاز والأصل الحقيقة، وهي مقدمة على المجاز.

وأما ما تثبت به حياته فإن الجمهور أنها تعرف بكل ما يدل عليها من صراخ، وعطاس، وكثرة رضاع، وغير ذلك من كل ما تتحقق به حياته[3] بما في ذلك شهادة الطبيب وهو الراجح في المذهب المالكي.

واعتبر مالك الصراخ وحده، دون الحركة، والعطاس، والرضاع لحديث : "إذا استهل المولود ورث"[4]، والاستهلال لغة هو الصياح، ومفهومه أنه إذا لم يستهل لا يرث، والوصية أخت الميراث، وفي رواية لا يرث الصبي حتى يستهل صارخا، وهي صريحة في نفي الإرث إذا لم يستهل، والوصية مثل الإرث.

---

[1]- راجع المدونة 290/4، المغني 57/6، نهاية المحتاج 43/6، الفتاوي الهندية 92/6، الأم 117/4.

[2]- راجع المحلى 308/9.

[3]- الزرقاني 176/8.

[4]- رواه أبو داود ومحمد ابن حبان وله شاهد في الترمذي والنسائي والبيهقي، نيل الأوطار 67/6، سنن أبي داود 128/3، صحيح ابن ماجة 120/2.

والحديث : "ما من بني آدم مولود يولد إلا نخسه، الشيطان فيستهل صارخا من مس الشيطان، غير ابن مريم وأمه"[1].

إلا أن ابن حزم رد الاستدلال بالحديث الأول، سندا، ودلالة.

أما السند فقد ضعفه، وطعن في جميع طرقه، بالإرسال تارة، وبالتدليس تارة أخرى، وبتضعيف بعض رواته تارة ثالثة.

وأما الدلالة فقال : إن الاستهلال لغة هو الظهور، من قولهم : استهل الهلال إذا ظهر، واللفظ يجب حمله على حقيقته دون مجازه.

كما أن إثبات الإرث له في حالة الاستهلال لا يدل على نفيه في حال عدم الاستهلال.

ورد الاستدلال بالحديث الثاني بأنه لا دلالة فيه على عدم الإرث، ولا على ثبوته، وكل ما يدل عليه هو أن كل مولود ينخسه الشيطان[2].

وهذا جمود على الظاهر، فإن المعروف أصوليا أن مفهوم الشرط حجة، وأن الشرط يلزم من عدمه العدم، فإذا قال عليه الصلاة والسلام : "إذا استهل المولود ورث" فإنه يدل على ثبوت الإرث في حالة الاستهلال بطريق المنطوق، ويدل بالمفهوم على عدمه في حالة عدم الاستهلال، أما تفسير الاستهلال بالظهور، فإنه مخالف لقول ابن الأثير : استهل المولود إذا بكى عند ولادته[3]، وعلى تسليم أنه حقيقة في الظهور فإنه يجب تأويله لما يلزم عليه من توريثه بمجرد ظهوره ولو ميتا، وهو خلاف الإجماع، فتعين حمله على المجاز لتعذر الحقيقة شرعا.

وأما تضعيفه للحديث الأول، فإنه مخالف لسكوت أبي داود عنه، ولتصحيح ابن حبان له[4].

1- رواه البخاري، انظر : الفتح 469/6.

2- المحلى 310/9.

3- انظر نيل الأوطار 67/6، وفي النهاية، واستهلال الصبي تصويته عند ولادته 271/5.

4- نيل الأوطار 67/6، وانظر صحيح ابن ماجة 129/2.

وأما الحديث الثاني فهو وإن كان لا ذكر فيه للإرث كما قال، فإن يدل على أن كل مولود ينخسه الشيطان فيستهل صارخا، وهذا يؤكد أن كل مولود حي يصرخ عاجلا، أو آجلا، فإذا لم يصرخ فليس بحي، وإذا لم يكن حيا فلا ميراث ولا وصية أيضا، فظهرت دلالة الحديث على اعتبار الاستهلال دليلا على الحياة، ولا فرق بين دلالة المطابقة، ودلالة الإشارة والالتزام، فإن الجميع حجة.

والخلاصة أنه لابد من انفصال الحمل جميعه وهو حي، معلوم الحياة، بصراخ ونحوه على المعتمد في مذهب مالك، أو بالصراخ خاصة على قول آخر للمالكية.

وقد أخذ القانون المصري في مادته 35 والقانون السوري في مادته 236 بالرأي الأول فاكتفيا بولادته حيا، ولم يشترطا صراخا ولا غيره.

أما القانون المغربي فقد جاء الفصل 201 موافقا للرأي الصحيح حيث يقول : من أوصى لحمل معين وتوفي فللورثة غلة الموصى به إلى أن ينفصل حيا فتكون له، فاكتفى بالحياة.

في حين جاء الفصل 204 مشوشا حين يقول : إذا مات الموصى له بعد أن استهل صارخا استحق وصيته، فاشترط صراخ الحمل الموصى له، في استحقاقه الوصية، ومفهومه أنه إذا لم يكن صراخ لا يستحقها، وهو الرأي الآخر الضعيف، فالأولى التمسك بإطلاق الفصل 201 واعتبار القيد الوارد في الفصل 204، وأرادوا على سبيل المثال، لا الحصر، لمسايرة الرأي الصحيح عند المالكية وغيرهم، رغم ما في هذا الحمل من مخالفة القاعدة الأصولية القائلة بحمل المطلق على المقيد، دون العكس، ورغم ما جاء في المدونة الكبرى من قول مالك : لا أرى له من الوصية شيئا إلا أن يخرج حيا، ويستهل صارخا، وإلا فلا شيء له[1].

الشرط الثاني أن يكون الحمل موجودا، حقيقة أو حكما عند إنشاء الوصية، وهو شرط مختلف فيه لم يعتبره المالكية شرطا، وأجازوا الوصية للحمل الموجود، والذي سيوجد.

---

[1]- المدونة 290/4.

وذهب الشافعية والحنفية والحنابلة إلى أنه شرط لابد منه، وأنه إذا لم يكن موجودا حين الوصية، لا حقيقة، ولا حكما لم تصح الوصية له، لأنه معدوم، ولا تصح الوصية لمعدوم، بناء على أصلهم السابق من اشتراط وجود الموصى له وقت الوصية[1].

واتفقوا على أنها إذا ولدته لأقل من ستة أشهر من تاريخ الوصية فإن الوصية تصح، للعلم بوجوده وقتها، لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر، فإذا ولدته لأقل علم أنه كان موجودا وقت الوصية[2]، ثم اختلفوا إذا ولدته لستة أشهر فأكثر.

فقال الشافعية والحنابلة : لا تصح الوصية له إذا كانت أمه ذات زوج يطؤها، لاحتمال حدوثه بعد الوصية، وقد ترجح هذا الاحتمال باستمراره على وطئها، وإمكان حملها منه، ولقاعدة : الشك في وجود الشرط يوجب انتفاء المشروط.

وإن كانت أمه بائنا لم تصح الوصية له إذا وضعته لأكثر من أربع سنين من حين الفرقة، وأكثر من ستة أشهر من تاريخ الوصية، وإن أتت به لأقل من ذلك صحت الوصية له، ووجهه أنها إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر من تاريخ الوصية علم أنه كان موجودا وقتها. ولو جاءت به لأكثر من أربع سنين، كل ما في الأمر أنها إذا وضعته لأكثر من أربع سنين لا يلحق بالزوج، وذلك لا يضر في الوصية للحمل، لصحتها له ولو كان من زنا، وإذا جاءت به لأربع سنوات فأقل من تاريخ الفرقة فإن الشرع يحكم بوجوده. ولو كان مضى على تاريخ الوصية أكثر من ستة أشهر، للحوق نسبه بالزوج، والوجود الحكمي كالوجود الفعلي[3].

وفرق الحنفية بين إقرار الموصي بوجود الحمل حين الوصية، وبين عدم إقراره.

ففي حالة إقراره بوجود الحمل تصح الوصية له، إذا جاءت به لأقل من سنتين من تاريخ الوصية، سواء كانت أمه متزوجة، أو معتدة، أو خالية من الزوج والعدة.

وفي حالة عدم إقراره بوجوده فإن هناك تفصيلا :

---

[1]- راجع الزرقاني 175/8، البهجة 285/2، المغني 57/6، الأم 117/4. الأم 117/4.

[2]- انظر : بدائع الصنائع 336/7، المغني 57/6، نهاية المحتاج 43/6، الفتاوي الهندية 92/6.

[3]- راجع المغني 57/6، نهاية المحتاج 43/6-44.

1- فإن كانت أمه زوجة، أو معتدة من طلاق رجعي تصح الوصية له إذا وضعته لأقل من ستة أشهر، من تاريخ الوصية، أو تاريخ الوفاة، على ا لخلاف بينهم، وإن وضعته لأكثر من ذلك لم تصح الوصية له، لاحتمال حدوثه بعدها.

2- وإن كانت أمه معتدة من طلاق بائن، أو وفاة زوج فإن الوصية له تصح إذا ولدته لأقل من سنتين من تاريخ الفرقة أو الوفاة، وإن جاءت به لسنتين فأكثر لم تصح الوصية له[1].

وقد اعتمد الحنفية في التفرقة بين الإقرار بالحمل، وعدم الإقرار به على القاعدة الفقهية :

إن المقر يؤاخذ بإقراره ما لم يتبين كذبه، ولهذا إذا أقر بالحمل فالوصية له صحيحة، كيفما كانت أمه، إلا أن تضعه بعد انتهاء أقصى أمد الحمل، وهو سنتان عندهم، فلا تصح حينئذ لتبين كذبه[2].

كما اعتمدوا في التفرقة بين ذات الزوج، وبين المعتدة في حالة عدم الإقرار على قاعدة فقهية أخرى وهي الحكم بلحوق نسب المولود قبل انتهاء أقصى أمد الحمل، وهو سنتان من تاريخ الوفاة، أو الفرقة، لأنه إذا لحق نسبه بالزوج تبين أنه كان موجودا عند الفرقة أو الوفاة[3].

إلا أن كلا التوجيهين لا يصح :

أما الأول فإنه من الواضح أن إقرار الموصي بوجود الحمل ليس إقرارا على نفسه، وإنما هو من باب الإقرار على الغير، وهو باطل لأن الورثة هم الذين يتضررون من هذا الإقرار، والوصية تضر بحقوقهم في التركة، فلا يصح اعتباره إقرارا على النفس، بالإضافة إلى أن من طبيعة الإقرار وخصائصه إلحاق الضرر بالمقر، والموصي في هذه الحالة مستفيد من إقراره بتصحيح وصيته، فهو أقرب إلى الدعوى، وأشبه بالشهادة للنفس منه إلى الإقرار عليها، ولا يصدق أحد في دعواه دون بينة، ولا تقبل شهادته لنفسه ---.

---

[1]- انظر : الفقه الإسلامي وأدلته 31/8-66-67، الفقه على المذاهب الأربعة 319/3، بدائع الصنائع 336/7.
[2]- الوصية الواجبة للدكتور فراج ص 131.
[3]- بدائع الصنائع 336/7.

كما أنه يمكن لكل واحد يخاف من بطلان وصيته بولادة الحمل لستة أشهر أن يدعي حين الإيصاء أن الحمل موجود، ليتمكن من الوصية لحمل غير موجود.

ولعله لهذا لم يفرق الحنابلة والشافعية بين الإقرار بالحمل، وعدم الإقرار به.

وأما الثاني فإنه لا تلازم بين ثبوت النسب، وبين وجود الحمل وقت الإيصاء، فإنه إذا أوصى شخص لحمل امرأة ومضى على الوصية عامان، ثم توفي زوج الموصى لحملها، أو طلقها، فولدته لأقل من عامين بيوم من تاريخ الفرقة، فإن الولد يلحق بالزوج، ولكن الوصية مضى عليها أربع سنوات، وهي أكثر من مدة الحمل فيقطع بعدم وجوده حين الوصية في هذه الحال، فكان الواجب بطلان الوصية، لأن الوصية بالحمل من باب الوصية للمعين التي يشترط فيها وجوده حين الإيصاء، لا حين الموت.

كما أنه إذا مضى على تاريخ الفرقة عشرون شهرا ثم أوصى رجل لحملها، فوضعته بعد ذلك بخمسة أشهر فإن الوصية تصح، لأنها وضعته لأقل من ستة أشهر من تاريخ الوصية، فيقطع بوجوده حينها، بينما لا يثبت نسبه لوضعه بعد انقضاء مدة الحمل.

ولعله لهذا أيضا قال الحنابلة والشافعية إذا وضعته لأكثر من أربع سنوات من حين الفرقة، وأكثر من ستة أشهر من تاريخ الوصية لم تصح الوصية له، فاعتبروا التاريخين معا : تاريخ الفرقة، وتاريخ الوصية، وإن كانوا قد حددوا المدة بأربع سنوات، والحنفية حددوها بعامين، فذلك راجع لاختلافهم في أقصى أمد الحمل، وهو عند الحنفية عامان، وعند الشافعية والحنابلة أربعة أعوام.

والخلاصة أن الوصية للحمل جائزة صحيحة عند المالكية مطلقا، كان موجودا أم لا، وعند غيرهم لا تصح إلا إذا كان موجودا، حقيقة أو حكما، وإن اختلفوا في طرق التأكد من وجوده.

وقد أخذ القانون المغربي بمذهب مالك القائل بصحة الوصية له مطلقا، حيث يقول في الفصل 178 : (تصح الوصية لمن كان موجودا وقتها، أو كان منتظر الوجود) والحمل المنتظر داخل في عموم منتظر الوجود، أما القانون المصري والسوري، فقد سارا على طريق الحنفية في التفرقة بين حالة الإقرار بوجود الحمل، وعدم الإقرار بوجوده، إلا

أنهمـا اختصـرا مدة الحمل حيث شرطا في حالة الإقرار أن يولد لسنة شمسية فأقل، وإن ولد لأكثر من ذلك بطلت الوصية له.

وفي حالـة عـدم الإقـرار شـرطا أن تضـعه لتسعة أشهر فأقل، إذا كانت أمه ذات زوج، أو خالـية مـنه، فإن كانت معتدة من وفاة، أو طلاق بائن، فالشرط أن تضعه لسنة فأقل من تاريخ الفرقة، فقد جاء في المادة 35 من القانون المصري ما يلي :

تصح الوصية للحمل في الأحوال الآتية :

1- إذا أقـر الموصـي بوجـود الحمـل وقـت الوصـية، وولد حيا لخمسة وستين وثلاثمائة يوم فأقل من وقت الوصية.

2- إذا لم يقـر الموصـي بوجـود الحمـل، وولـد حـيا لسبعين ومائتي يوم على الأكـثر من وقت الوصية، ما لم تكن الحامل وقت الوصية معتدة لوفاة أو فرقة بائنة فتصح الوصية إذا ولد حيا لخمسة وستين وثلاثمائة يوم فأقل من وقت الموت أو الفرقة البائنة.

وجاء في القانون السوري المادة 236 تصح الوصية للحمل المعين وفقا لما يلي :

أ- إذا أقـر الموصـي بوجـود الحمـل حين الإيصاء يشترط أن يولد حيا لسنة فأقل من ذلك الحين.

ب- إذا كانـت الحـامل معتدة من وفاة أو فرقة بائنة يشترط أن يولد حيا لسنة أيضا من حين وجوب العدة.

ج- إذا لم يكـن الموصـي مقـرا ولا الحـامل معـتدة يشترط أن يولد حيا لتسعة أشهر فأقل من حين الوصية.

وبهذا يقع هذان القانونان في نفس الملاحظة التي وقع فيها الفقه الحنفي في التفرقة بين الإقرار بالحمل وعدم الإقرار به، بالإضافة إلى ملاحظات أخرى، وهي :

1- خـروجهما عـن المذاهب الفقهية ومخالفتهما لها في التحديدات التي جاءا بها.

2- تحديـد مـدة الحمـل بسـنة شمسية لا سند له في الفقه الإسلامي، وإذا كان واضـعو القـانون اعـتمدوا قـول محمـد بن عبد الحكم من المالكية كما يقولون، فإن هذا

الأخير اعتمد السنة القمرية لا الشمسية، وبينهما من الفارق الزماني ما لا يستهان به، فلا يصح نسبة هذا التحديد إليه كما تقتضيه الأمانة العلمية.

إلا أن بعض المتأخرين برر اختيار السنة الشمسية بالاعتماد على قول الأطباء : أن الحمل لا يمكن بقاؤه أكثر من سنة، واقتضى الاحتياط لصالح الحمل أن تكون السنة شمسية، لأنها أكثر مدة[1] ونسي أن الاحتياط للحمل تفريط في حق الورثة، وأنه من باب المعاملة بالمثل كان ينبغي الاحتياط للورثة، والأخذ بأقل مدة الحمل، لا بأقصاها وبالسنة الشمسية بالضبط.

1- كما أن تحديد مدة الحمل بسنة تارة، وبتسعة أشهر تارة لا وجه له، فإذا كانت مدة الحمل سنة فلتكن في الجميع، وإن كانت تسعة أشهر فلتكن في الجميع.

2- النص على صحة الوصية للحمل إذا ولد لأقل من تسعة أشهر من أم متزوجة لم يعترف الموصي بحملها مخالف للمذاهب الفقهية الثلاثة الشافعية والحنفية والحنابلة كما سبق.

الشرط الثالث، وهو خاص بمن أوصى لحمل امرأة من رجل بعينه، مثل أن يوصي لحمل فلانة من ابنه، أو أخيه، ففي هذه الحالة يشرط أن يثبت نسب الحمل بأبيه المعين، ويلحق به، فإن نفاه بلعان، أو انتفى عنه بدونه بطلت الوصية لذلك الحمل عند الجميع[2]. لأنها وصية مشروطة بثبوت نسبه منه،(والمسلمون عند شروطهم)، كما قال صلى الله عليه وسلم[3]. وبه أخذ القانون المصري في المادة 35 والقانون السوري في مادته 236 ف د. ويفسر سكوت القانون المغربي عن هذا الشرط على أنه قول به بمقتضى الفصل 216.

المسألة الثالثة تعدد الحمل وموته :

بالنسبة لهذه النقطة هناك اتفاق على أنه إذا ولدت واحدا فالوصية كلها له، ذكرا أو أنثى. وإذا وضعت أكثر : توأمين، أو توائم فإن الوصية تكون لهم جميعا، لأن لفظ الحمل عام يشمل الواحد والمتعدد، وتوزع على عدد الرؤوس، الذكر مثل

1- أحكام الوصايا فراج ص 132-133.

2- انظر المغني 57/6.

3- رواه البخاري معلقا، وأبو داود موصولا. انظر : الفتح 451/4، سنن أبي داود 304/3.

الأنثى سواء، لأن الأصل في العطايا التسوية بينهما، عكس الإرث، إلا أن يشترط الموصي تفضيل الذكر على الأنثى، أو العكس فيوفى له بشرطه[1]. كما أنه إذا خصها بأحد الجنسين دون الآخر فإنه يوفى له بشرطه، كما لو قال : إن كان حملك ذكرا فله كذا، أو قال : إن كان أنثى فلها كذا.

فإن ولدت في الأولى أنثى أو ولدت في الثانية ذكرا بطلت الوصية، لانتفاء شرط الموصي[2].

كما تلغى إذا وضعت ذكرا وأنثى في الصورتين، لأن حملها كله ليس ذكرا ولا أنثى، بل بعضه ذكر، وبعضه أنثى[3] وإذا ولدت ذكرين في قوله : إن كان حملك ذكرا، أو وضعت أنثيين في قوله : إن كان حملك أنثى فإن الوصية تكون للذكرين في الأولى، وللأنثيين في الثانية، بناء على أن المطلق يدل على الماهية بقطع النظر عن الوحدة والتعدد، ومن جعل دلالته كدلالة النكرات على الأفراد أبطل الوصية في الصورتين، لأنه جعلها للذكر الواحد، أو الأنثى الواحدة، فإذا ولدت اثنين بطلت، لانتفاء الشرط[4].

واختلف إذا ولدت توأمين أحدهما حي، والآخر ميت، فالجمهور أن الوصية كلها للحي منهما، وقيل ليس للحي إلا نصف الوصية، والنصف الآخر تبطل فيه الوصية، ويكون للورثة، قياسا على من أوصى لحي وميت، فإنها تكون كلها للحي[5]، وقد أخذ القانون المصري والسوري بالرأي الأول، المادة 36، الفقرة الثانية مصري والمادة 237 سوري ويفسر سكوت القانون المغربي عنه بأنه أخذ بنفس الرأي بمقتضى الفصل 216 ، أما إذا ولدتهما حيين ثم مات أحدهما فإن نصيبه يكون لورثته، لأنه استحقه بولادته حيا[6]. سواء كان الموصى به عينا أو منفعة، وفرق الحنفية بين العين والمنفعة، فقالوا بإرث العين، وبطلان الوصية، بالمنفعة، وتعود لورثة الموصي، بناء على أصلهم أن المنافع

1- الزرقاني 175/8، المغني 59/6.

2- الذخيرة 27/7.

3- المغني 59/6، نهاية المحتاج 74/6.

4- نهاية المحتاج 75/6.

5- نهاية المحتاج 74/6، المبسوط 87/25، بدائع الصنائع 337/7.

6- انظر الفتاوي الهندية 2/6.

لا تورث، لأنها ليست أموالا عندهم[1]، ومذهب المالكية أن المنافع تورث، فإذا كانت الوصية بمنافع لمدة محددة، ومات الموصى له قبل انقضائها، فإن ورثته يرثون ما بقي من المنفعة في المدة الباقية[2].

وقد أخذ القانون المصري برأي الحنفية حيث جاء في المادة 36 مصري، وإذا مات أحد الأولاد بعد الولادة كانت حصته بين ورثته في الوصية بالأعيان، وتكون لورثة الموصي في الوصية بالمنافع، في حين أخذ القانون المغربي بمذهب مالك في فصله 204 الذي يقول : إذا مات الموصى له بعد أن استهل صارخا استحق وصيته، وعد ما استحقه من جملة تركته، وهي عبارة تعم الأعيان والمنافع.

المسألة الرابعة غلة الموصى به قبل وجود الحمل :

بالنسبة لهذه النقطة هناك ثلاثة أقوال[3] :

الأول أن الغلة لورثة الموصي حتى يوجد الحمل، فتكون له الغلة المستقبلة.

والقول الثاني أنها للموصى له، توقف مع الأصل الموصى به، حتى يولد، فيعطى الجميع، الأصل، والغلة، وهو مذهب الحنفية، وأحد أقوال المالكية.

والقول الثالث الفرق بين الوصية بمعين، فتكون غلته للموصى له اتفاقا، وبين الوصية بجزء شائع، كالثلث والربع، فيجري فيها الخلاف.

ومنشأ هذا الخلاف هو اختلاف الفقهاء فيما تملك به الوصية[4]، فمن رأى أنها تملك بموت الموصي قال : الغلة للموصى له بمجرد الموت وتوقف له، استنادا إلى قاعدة من ملك شيئا ملك غلته، وأخذا بحديث (الخراج بالضمان) وقياسا على الميراث، فإن الغلة فيه للحمل، فكذلك الوصية، ومن رأى أنها تملك بالقبول قال : الغلة قبل وضع الحمل لورثة الموصي، لتعذر القبول من الحمل، وعدم الاعتداد بقبول وليه قبل ولادته، فتبقى على ملك الموصي، أو ورثته على الخلاف الآتي، فتكون الغلة للورثة، استنادا إلى

1- أحكام الوصايا لد.فراج ص 115.

2- الزرقاني 197/8.

3- انظر : بناني 176/8، النوازل الصغرى 437/4ن شرح العمل الفاسي لكنون ص 130.

4- العمل الفاسي بشرح كنون ص 130، النوازل الصغرى 507/4-508.

نفس القاعدة، والحديث السابقين، فالخلاف راجع إلى تحقيق المناط، لمن الملك ؟ للورثة، أو الميت، أو الموصى له، ويرى بعضهم أن الخلاف مبني على الخلاف في القبول، هل هو شرط في الاستحقاق، أو الصحة[1]. إلا أن هذا غير ظاهر، لأن القائل بأنه شرط في الاستحقاق يلزمه القول بأن الغلة للورثة قبل الولادة، لانتفاء شرط الاستحقاق الذي هو القبول. كما أن القائل بأنه لشرط صحة يلزمه أ يجعل الغلة للورثة قبل ولادة الحمل، لأن الوصية قبله غير صحيحة، ومقابل ا لصحيح هو الفاسد، والفاسد لا يترتب عليه أثره، فلا غلة له على القولين، فلا يظهر تفريع هذا الخلاف على الخلاف في اعتبار القبول شرطا في الصحة، أو الاستحقاق، وأرجح هذه الأقوال أولها وبه جرى العمل[2].

وقد أخذ القانون المغربي بهذا الرأي في الفصل 201 القائل : من أوصى لحمل معين وتوفي فللورثة غلة الموصى به إلى أن ينفصل حيا فتكون له.

في حين أخذ القانون المصري، والسوري بالرأي الثاني القائل بوقف الغلة للحمل حتى يولد حيا فيأخذها، تبعا لمذهب الحنفية، حيث جاء في المادة 250 من القانون المصري، وتوقف غلة الموصى به إلى أن ينفصل الحمل حيا فتكون له، ونحوه جاء في المادة 236 من القانون السوري الفقرة 2 توقف غلة الموصى به منذ وفاة الموصي إلى أن ينفصل الحمل حيا فتكون له.

ومحل الخلاف السابق هو الغلة الحادثة بعد الموت، وقبل ولادة الحمل الموصى له، وأما الغلة الموجودة قبل موت الموصي، فما كان منها مؤبرا فهو لورثة الموصي اتفاقا [3]، وما كان غير مؤبر يجرى فيه الخلاف، قياسا على البيع. فإن الثمرة المؤبرة للبائع، وغير المؤبرة للمشتري، والموصي هنا بمنزلة البائع. لسبق ملكه، والموصي له بمنزلة المشتري، لتجدد ملكه، والأصل في هذا حديث: "من ابتاع نخلا بعد أن يؤبر فثمرتها للذي باعها، إلا أن يشترط المبتاع"[4]، وكذلك يقال هنا: ما أبر فهو للموصي، يرثه ورثته، إلا أن ينص على دخول الغلة في الوصية، فتدخل. وما لم يؤبر فهو للموصي له، على الخلاف السابق.

1- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 423/4.

2- النوازل الصغرى 438/4، العمل الفاسي بشرح كنون ص 130، بناني 176/8.

3 - النوازل الصغرى 436/4- الزرقاني 177/8.

4 - رواه ابن ماجة 17/2- نيل الأوطار 171/5. انظر صحيح ابن ماجة 17/2 سنن أبي داود 268/3

الفرع الثالث في الوصية للمعدوم:

المـراد بـالمعدوم في هـذا الموضـوع هو من كان غير موجود حين الوصية، وينتظر وجـوده مسـتقلا ، فهـو المنـتظر الموجود، كما سماه القانون المغربي[1]، أو المجهول الذي يـأتي، كما يعبر بعض الفقهاء المالكية[2]، كالوصية لمن يولد لفلان أو لما ستحمله ابنته، أو لأحفاده قبل وجودهم.

ونـتحدث في هـذا الفرع عن مشروعية هذه الوصية، وتكييفها، ومن يدخل فيها، وعـن الغلة قبل وجود الموصى له، وبعده.:.. وعن التصرف فيها، ووقت تملكها، وقسمتها، واحـياء الميـت بالذكـر، ونخصـص لذلك ست مسائل، الأولى في مشروعيتها، والثانية في تكيـيفها، والثالـثة فـيمن له الحق فيها، ومن لا حق له فيها، والرابعة في الغلة قبل وجود الموصـي لـه، وبعـده، والخامسـة في وقف الموصى به، ومنع التصرف فيه، والخامسة في وقت تملكها والسادسة في قسمتها، وكيفية ذلك.

<u>المسألة الأولى في مشروعيتها:</u>

بالنسبة لمشروعية الوصية للمعدوم المنتظر هناك مذهبان: بالصحة والبطلان[3].

الأول مذهـب المالكـية، والـثاني مذهب الحنفية، والحنابلة، وللشافعية قولان إذا كانـت الوصـية لـلمعدوم تابعـة للوصية للموجود، مثل الوصية للأحفاد الموجودين ومن سيوجد منهم.

وحجـة المالكـية، عمـوم أدلـة الوصـية، فقد جاء بعضها عاما، وبعضها مطلقا، والعام محمول على عمومه، والمطلق للمحمول على إطلاقه، حتى يرد ما يخالف ذلك.

القـياس علـى الوقـف، فإنه يصح على المعدوم المنتظر وجوده، لعموم أدلته، وقد أجازوا الحبس على أولاده وأولاد أولاده، فيلزم من أجازه إجازة الوصية لهم.

---

[1] - الفصل 138 مدونة الأحوال الشخصية.

[2] - انظر النوازل الصغرى 308/4.

[3] - راجع الزرقاني 176/8 – نهاية المحتاج 43/6- المغني 58/6- بدائع الصنائع 335/7.

وحجة القائلين بالمنع أن الوصية تمليك، وتمليك المعدوم لا يصح، لفقدان أهلية التملك فيه[1].

إلا أن هذا يمكن مناقشته ورده، بأن الوصية تمليك معلق، غير منجز، كما جاز تعليقه بموت الموصي فإنه يجوز تعليقه بوجود الموصى له، خاصة وأن الوصية شرعت على خلاف الأصل، ترغيبا للناس فيها، ولذلك اغتفر فيها ما لم يغتفر في غيرها.

ومنشأ هذا الخلاف هو الخلاف السابق في اشتراط وجود الموصى له، وعدم اشتراطه، فمن اشترطه قال: لا تجوز الوصية للمعدوم المنتظر وجوده، كما لا تصح للمعدوم المستحيل وجوده، كالوصية لمن يحمل هذا الجبل، أو يبرئ الأكمه، أو يحيي الموتى ونحو ذلك.

ومن لم يشترطه أجازها، ويفرق بينها وبين الوصية للمعدوم المستحيل، بأن الموصي للمعدوم، المستحيل وجوده عابث في وصيته، غير جاد فيها، فوجب إبطالها، ولا فائدة في انتظاره، لاستحالة وجوده، بخلاف الموصي للمعدوم المنتظر وجوده، فإنه جاد في وصيته، راغب في وصولها لمن يأمل وجوده، فوجب إمضاء وصيته، وانتظار وجوده، استنادا لعموم الأدلة وإطلاقها.

وقد أخذ القانون المغربي والمصري والسوري بمذهب المالكية في صحة الوصية للمعدوم استقلالا، وتبعا للموجود، مثل الوصية لمن يولد لفلان، ولأولاد فلان الموجود منهم ومن سيوجد، إلا أن القانون المغربي أطلق القول بالجواز، ولم يفرق بين الوصية بالأعيان، والوصية بالمنافع، ولم يخص ذلك بطبقة دون طبقة، حيث جاء في الفصل 1178 تصح الوصية لمن كان موجودا وقتها، أو كان منتظر الوجود.

أما القانون السوري فقد منع الوصية بالمنافع للذرية إلا لطبقة واحدة. في حين أجاز القانون المصري الوصية بالأعيان للمعدوم دون تفصيل، وخصص المنع بوصية المنافع لأكثر من طبقتين، حيث جاء في القانون السوري المادة 231 تصح الوصية بالأعيان للمعدوم، ولما يشمل الموجود والمعدوم ممن يحصون، ثم يقول في المادة 232: لا تصح الوصية بالمنافع للذرية إلا لطبقة واحدة.

---

[1] - راجع نهاية المحتاج 43/6- المغني 58/6.

إذا انقرضت الطبقة عادت العين تركة للموصي، إلا إذا كان قد أوصى بها، أو ببعضها لغيرهم، كما جاء في القانون المصري المادة 26: تصح الوصية بالأعيان للمعدوم، ولما يشمل الموجود والمعدوم، ممن يحصون، ويقول في المادة 29: إذا كانت الوصية بالمنافع لأكثر من طبقتين لا تصح إلا للطبقتين الأولبين، إلى أن يقول: وإذا انقرضت الطبقات كانت العين تركة، إلا إذا كان أوصى بها أو ببعضها لغيرهم.

وقد برر واضعو القانون بطلان الوصية بالمنافع لأكثر من طبقتين في القانون المصري، وأكثر من طبقة في القانون السوري بما يترتب على ذلك من ضعف الأنصبة، وقلتها عند تكاثر الذرية، مما يؤدي إلى الإهمال، والتنازع، وخراب العين الموصى بمنفعتها[1].

إلا أنه تبرير غير مقنع، ولا منصف، وغير مقبول شرعا.

غير مقنع ولا منصف. لأنه اعتداء على حقوق مكتسبة ومشروعة، وانتزاعها من أصحابها الشرعيين الموصى لهم، وإعطاؤها لغير أهلها، وهم الورثة، وليس من العدل والحكمة أن نعطي مال قوم لآخرين، خوف وقوع النزاع بين أهله، ولكن العدل إعطاء كل ذي حقه، وإن قل، وفض النزاع عند وقوعه بالعدل والحق، وهو ممكن هنا بإكرائه عليهم، وقسم كرائه بينهم.

كما أن الخوف من خرابه غير وارد، في ظل الفقه الإسلامي. إذا علمنا أن نفقة العين الموصى بمنفعتها واجبة على الموصى له، أو لهم. وفي حالة إهماله لواجب النفقة فإن الورثة، أو الموصى له بالعين ينفق على العين، ويرجع بما أنفق في غلة الموصى بغلتها، يستوفي نفقته أولا، وما بقي يعطى للموصى لهم[2]. وغير مقبول شرعا لمخالفته الكتاب والسنة.

---

1 - أحكام الوصايا للدكتور فراج ص 118.

2 - انظر الفتاوي الهندية 126/6-127 – النوازل الصغرى 486/4

أما الكتاب فقوله: ﴿ **فمن بدله بعدما سمعه فإنما إثمه على الذين يبدلونه**﴾[1].

وانتزاع الوصية من أهلها، وإعطاؤها لغيرهم من أقبح صور التبديل، لأنه إبطال لها، وحرمان الموصى لهم من حقهم، وإضرار بالموصي (بحرمانه من استمرار ثوابه، وأجره باستمرار وصيته) ومعاكسة له في رغبته في الإحسان لذريته.

وأما السنة فهناك عدة أحاديث منها:

1- حديث: "لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه"[2]. والموصى لهم مهما قل نصيبهم لا تطيب نفوسهم بانتزاعه منهم، وإعطائه لغيرهم.

2- حديث: "إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية..." [3] ولا شك أن الوصية للذرية بالمنفعة لأكثر من طبقتين هي من باب الحبس المعقب، حسبما صرح بذلك الفقهاء[4]. فهي داخلة في الصدقة الجارية، فإبطالها وإبطال ما يؤدي إليها بدعوى قلة الأنصبة، وخوف التنازع لا يعدو أن يكون ردا لمشروعة الحبس المعقب، التي أجمع عليها من يعتد به من أهل العلم، وأما تبرير ذلك بمذهب ملك في تصحيحها لطبقة أو طبقتين، حسب اختلاف القانونين المصري والسوري، وإبطالها فيما زاد على ذلك أخذا بمذهب ابن أبي ليلى، فهو غير لائق، لأنه تلفيق، وتخليط بين مذهبين، يأباه المحققون من الأصوليين[5].

المسألة الثانية في تكييفها:

الأصل في الوصايا عند الإطلاق أن تكون وصية تمليك الذات، ولا تحمل على تمليك المنفعة، أو الحبس إلا بنص، أو عرف، إلا أن هذه الوصية أي الوصية لمن سيوجد، أو لأولاد فلان اختلف فيها، فقال بعضهم هي تمليك رقبة ابتداء وانتهاء كسائر الوصايا، ولكن المشهور أنها وصية بالمنافع ابتداء، وبالرقبة انتهاء، فهي ذات وجهين، ولها طابعان، واعتباران، فهي قبل حصول اليأس من ازدياد الموصى لهم وصية بالمنافع،

---

1 - من الآية 181 البقرة.

2 - رواه الدارقطني وغيره، انظر نيل الأوطار 316/5 سنن الدارقطني 26/3.

3 - سبق تخريجه

4 - راجع النوازل الصغرى 491/4.

5 - انظر المحلي 119/2.

لكـل مـن يوجـد مـن الموصى لهم في حال حياته، فإذا انحصروا وحصل اليأس من ولادة غيرهم صارت الوصية بتمليك الرقبة[1].

وينبـني هـذا الخـلاف، اخـتلافهم في وقـف الغلـة أو قسـمها، وفي احياء الميت بالذكر، وعدم إحيائه كما يأتي.

المسألة الثالثة فيمن تشمله الوصية ويكون له الحق فيها، ومن لا حق له فيها:

والأمر في هذا يختلف باختلاف لفظ الموصي وصيغة الوصية.

فقـد تكون بلفظ لأول حمل، أو لأول مولود، وقد تكون بلفظ لمن يولد لفلان، أو لمن سيوجد له، كما قد تكون بصيغة لولد فلان، أو لأولاد فلان.

1- فـإن كانـت بلفـظ مشعر بقصرها على الأول، مثل الوصية لأول حمل تحمله ابنـته، أو زوجـة ابـنه، أو لأول مولـود يـزداد لفـلان، أو للولد البكر، أو الولد الأول لفـلان، أو فلانـة، فـإن الوصية في جميع ذلك يختص بها الأول ممن ذكر، إذا ولد حيا اتفاقـا، ولا يشـاركه فـيها غـيره ممـا يولد بعد، وقوفا مع لفظ الموصي، وعملا بشرطه، وبقـاعدة مفهـوم المخالفـة، فإن قوله لأول حمل، أو لأول مولود، أو للولد البكر، يدل على قصده تخصيص الوصية بذلك الأول، وعدم مشاركة غيره له فيها[2].

فـإن ولـدت توأمين في هذه الحالة فهي لأولهما خروجا، وقوفا مع لفظ الوصية، وإن جهـل السـابق كانـت بينهما، قياسا على من اعتق أول مولود تلده جاريته، فولدت توأمـين[3]. إلا في الصـورة الأولـى فإن الوصية تكون للتوأمين مطلقا لشمول لفظ الحمل لهما معا بالتساوي.

واخـتلف إذا ولـد الحمـل الأول، أو المولـود الأول ميـتا في هذه الصيغ، فأفتى جماعـة بـبطلان الوصـية بموتـه، فإذا ولدت بعده ولدا حيا فلا شيء له، قياسا على من أوصـى لحمـل معـين، فإن الوصية تبطل بموته، ولا تكون لمن بعده اتفاقا[4]، في حين أفتى

---

1 - النوازل الصغرى 498/497/4.

2 - راجع النوازل الصغرى 439/4. .

3 - الرهوني 233/8

4 - راجع الزرقاني 176/8 – الذخيرة 24/7- الرهوني 331/8

آخرون بصحتها، وجعلها للثاني إن ولد حيا، وإلا فالثالث إن ولد الثاني ميتا، وهكذا، ولا تبطل إلا باليأس من ولادة مولود حي، ووفق بعضهم بين القولين، بحمل الأول على ما إذا لم تكن قرائن تدل على انتظار الثاني، وقصد الولد الحي، وحمل الثاني على ما إذا كانت هناك قرائن تدل على إرادة الموصي أول حي يولد، لأن العمل بالقرائن متعين حينئذ[1].

ومنشأ الخلاف هنا هو الخلاف المشهور هل العبرة بالقصد، أو باللفظ في الوصايا؟.

فمن رأى العبرة باللفظ قال ببطلانها بولادة الأول ميتا، لأنها وصية مشروطة بشرط الأولية حسب لفظ الموصي وبشرط الحياة بمقتضى الشرع، فإن ولد الأول ميتا بطلت الوصية، ولا تكون لمن بعده. تقديمها للشرط الشرعي على الشرط الوضعي ومن رأى أن العبرة بالقصد قال بصحتها لأول حي يولد، كان الأول، أو الثاني، أو الثالث في الولادة، لأن مقصود الموصي تعجيل الوصية لأول حي، وتخصيصه بها دون غيره من إخوته، بقطع النظر عن كونه الأول. أو الثاني في الحمل، أو الولادة، وهذا هو الأرجح، بناء على المعمول به من مراعاة المقصود، دون اللفظ في الوصايا [2].

2- وإذا كانت بلفظ لمن يولد، أو لمن يزاد لفلان، أو فلانة مثلا، فإنه يدخل فيها كل مولود يولد في المستقبل بعد الوصية، ويدخل فيها الحمل الثابت حينها، سواء كان المولود ذكرا أو أنثى، أخذا بالقواعد التالية:

1) أن من الموصولة للعموم.2) أن من تعم النساء والرجال على الأصح، 3) أن عموم الأشخاص يستلزم عموم الأزمان.

و لا يدخل فيها من كان مولودا قبل الوصية، وقوفا مع صيغة المضارع –يولد- وهو للحال والاستقبال دون الماضي، وعملا بمفهوم المخالفة، فإنه يقتضي عدم دخول من كان مولودا حين الوصية.

---

1 - حاشية كنون على الرهوني 230/8- وانظر النوازل الصغرى 452/4.

2 - النوازل الصغرى 439/4.

3- وإذا كان كانت بلفظ لمن سيوجد، فإنه يختص بها كل مولود وحمل مستقبل، من ذكر، أو أنثى، دون من كان موجودا بالفعل حين الوصية، عملا بالقواعد السابقة.

ولا يدخل فيها الحمل الموجود حين الوصية، بخلاف الأولى، وقوفا مع لفظ سيوجد، فإنه مضارع مقرون بحرف التنفيس، وهو للمستقبل دون الحال والحمل الموجود وقت الوصية موجود في الحال، فلا يشمله لفظ الموصي، إلا أن يعلم أنه قصد دخوله بنص أو بقرينة فيعمل بها[1].

وسوى بعضهم بين صيغتي سيولد وسيوجد في شمولهما للحمل الثابت وقت الوصية، وإن لم تكن قرينة[2]. والأول أوفق بالقواعد، فإن صيغة يولد تشمل الحمل الموجود لتأخر ولادته، بخلاف صيغة سيوجد، فإنها لا تشمل الموجود وقت الوصية لأنه موجود بالفعل. فلا يقال فيه سيوجد إلا مجازا واللفظ يجب حمله على حقيقته.

4- وإن كانت بلفظ لولد فلان، أو أولاده، مثل الوصية لولد ابنه، أو لابن بنته فهناك حالتان:

الأولى أن يكون فلان الموصى لولده له ولد، أو حمل وقت الوصية، وقد اختلف فيها على قولين:

الأول أنه يختص بها الموجود من حمل أو ولد، واحدا كان أو أكثر، ولا يدخل فيها من ليس موجودا حينها، فإن كان حملا فأسقطته، أو ولد ميتا سقطت الوصية، ولا شيء لمن بعده[3].

والقول الثاني أنها تشمل الموجود، ومن سيوجد قبل وفاة الموصي، أو بعده، وهو الراجح والمعمول به[4].

---

1 - راجع البهجة 285/2.

2 - نفس المرجع.

3 - الدسوقي 423/4.

4 - انظر الذخيرة 24/7- انظر شرح العمل الفاسي ص 130.

ومنشأ الخلاف احتمال الإضافة في قوله لولد فلان، أن تكون للعموم، فيدخل فيها الموجود، والمنتظر وجوده، كما يحتمل أن تكون للعهد، والمعهود هو الحمل الثابت، والولد الموجود.

فمن جعلها للعموم قال يدخل فيها الموجود، والمنتظر وجوده، ومن جعلها للعهد خصها بالموجود حين الوصية.

والثاني هو الراجح، وهو أوفق بالقواعد الأصولية:1- أن المفرد المضاف للمعرفة للعموم، حتى يتحقق عهد.2- أن عموم الأشخاص يستلزم عموم الأزمان على الأصح فيهما[1].

---

[1] - راجع البهجة 285/2 – الاختصار 233/8- النوازل الصغرى 514/4.

وقال الحنفية فيمن أوصى لبني فلان، إن الوصية تكون لمن كان موجودا يوم وفاة الموصي، ولو ولد بعد الوصية، ولا تكون لمن ولد بعد وفاة الموصي، بناء على أصلهم في اشتراط وجود الموصى له غير المعين يوم وفاة الموصي، لا يوم الوصية[1].

الحالة الثانية أن يكون فلان الموصى لولده ليس له ولد، ولا حمل حين الوصية، وفيها تفصيل فقد يكون الموصي عالما أنه لا ولد له، وقد يكون معتقدا أن له ولدا، وقد يكون مجهول الحال.

1- فإن كان عالما أنه لا ولد له ومع ذلك أوصى لولده، كما لو أوصى لولد بنته وهي صبية، أو أوصى لولد ولده وهو عزب، فإن الوصية تصح على المشهور، لصحة الوصية للمعدوم المنتظر وجوده، ويدخل فيها كل من يولد مستقبلا للموصى لولده، لعموم لفظ الولد، ولا قرينة تدل على العهد[2]، ولأنه لما علم عدم الولد كان ذلك قرينة على قصد نفع الذرية جميعا، فلا يختص بها بعضهم دون بعض، وقيل يختص بها أول مولود[3].

وقال أشهب هي وصية باطلة، لعدم المحل، وهو الجاري على قول الشافعية، ومن معهم ممن يمنعون الوصية للمعدوم المنتظر وهذا منه.

2- وإن كان الموصي يعتقد، أو يظن وجود الموصى له، مثل أن يوصي لولد بنته، وهو يظن أن لها ولدا، أو يخبر كذبا أن لولده ولدا، فيوصي له، فإن الوصية هنا تكون باطلة، لعدم المحل، وفقدان الموصى له، الذي هو ركن من أركان الوصية، كمن أوصى لشخص يظنه حيا فإذا هو ميت[4].

3- فإن جهل الحال ولم يعلم هل كان الموصي يعلم أنه لا ولد للموصى لولده، أو كان يظن وجوده، فإنه ينظر إلى العلاقة بين الموصي والموصى لولده، فإن كانت بينهما علاقة تسمح بإطلاعه على أحواله، ومعرفة عائلته، وأهل بيته، حمل على العلم بعدم وجود الولد، وتكون الوصية صحيحة.

---

1 - راجع المحلي 217/1.
2 - انظر المدونة 315/4.
3 - الذخيرة 18/7 – مواهب الجليل 366/6.
4 - راجع المدونة 315/4 – الذخيرة 14/7 – الرهوني 234/8.

وإن لم تكن بينهما علاقة تسمح بذلك الإطلاع حمل على عدم العلم، وتبطل الوصية.

كما أنه إذا تنازع الورثة والموصى لولده في العلم وعدمه، يرجع إلى نفس العلاقة، فإن كانت تسمح بإطلاعه على أحواله حمل على العلم، ويكون القول للموصى لولده بيمينه، وإذا لم تكن تلك العلاقة موجودة فإنه يحمل على الجهل، ويكون القول للورثة بيمينهم، وتبطل الوصية[1].

إلا أنه يرد على جعل القول للموصى لولده بيمينه، في حال وجود علاقة المداخلة بينهما إشكالا، ومخالفة لقاعدة، أنه لا يحلف أحد ليستحق غيره، والموصى لولده يحلف ليستحق ابنه، ولعله لهذا استظهر الحطاب القول للورثة، ولم يفصل بين وجود علاقة تسمح بالاطلاع على أحوال الموصى له، وبين عدمها[2]، لأنهم يدعون الأصل، إذ الأصل في الإنسان عدم العلم، كما قال تعالى: ﴿**والله أخرجكم من بطون أمهاتكم لا تعلمون شيئا**﴾، والأصل الاستصحاب، وبقاء ما كان على ما كان، حتى يثبت خلافه، فالموصى لولده يدعي العلم فعليه إثباته، لأنه مدع، والبينة على المدعي، فإن لم يثبت ذلك كان القول للورثة بيمين، لأن القول لمدعي الأصل.

الحالة الثالثة أن يوصي لأولاد فلان، يعينهم بأسمائهم، أو بالإشارة إليهم، ولا خلاف في اختصاص الوصية بمن عينهم لكن الوصية لمعين لا تعدوه إلى غيره، إلا أن هذه الحالة ليست من الوصية لمنتظر الوجود.

<u>المسالة الرابعة في الغلة قبل وجود الموصى لهم وبعده:</u>

بالنسبة للغلة قبل وجود أي واحد من الموصى لهم في الوصايا التي تعم الموجود، ومن سيوجد فإنها تجرى على حكم علة الموصى به للحمل، والمعمول به كما سبق أنها للورثة.

---

[1] - الرهوني 233/8.
[2] - مواهيب الجليل 366/6 – الرهوني 233./8.

وأما بالنسبة للغلة بعد وجود أول موصى له من الموصى لهم فإن فيها قولين[1]:

الأول أنها توقف كلها حتى يحصر الموصى لهم، فتقسم عليهم مع الأصل.

والقول الثاني أنها لا توقف، وتسلم لأول مستحق لها، يأخذها وحده، فإذا ولد آخر شاركه في الغلة المستقبلية، وهكذا كلما ولد ولد جديد يدخل في الغلة المستقبلية، إلى أن يحصل اليأس من ولادة غيره، فتقسم الرقبة بينهم، وهذا هو الراجح المعمول به في المذهب المالكي، وبه أخذ القانون المغربي والمصري والسوري حيث جاء في الفصل 202 من القانون المغربي، إذا وجد أحد من الموصى لهم عند موت الموصى، أو بعده كانت الغلة له، وكل من وجد منهم بعده شارك في الغلة، إلى حين اليأس من وجود غيرهم فتكون العين والعلة لمن وجد منهم، ومثله حرفيا في القانون السوري المادة 231 الفقرة 2، وجاء في المادة (26 ف ع) من القانون المصري وإن وجد أحد من الموصى لهم عند موت الموصي، أو بعده كانت الغلة له، إلى أن يوجد غيره فيشترك معه، وكل من يوجد منهم يشترك فيها مع من يكون موجودا وقت ظهور الغلة إلى حين اليأس من وجود مستحق آخر، فتكون العين والغلة للموصى لهم جميعا، ويكون نصيب من مات منهم تركة عنه.

وتجب الإشارة إلى أنه في حالة احتياج الموصي به إلى الاصلاح فإنه يصلح من غلته، ويقدم الإصلاح على الموصى لهم[2]، وقد اختلف متأخرو المالكية في عدة نقط ذات صلة بغلة الموصى به للموجود والمنتظر الوجود، يحسن الإلمام بها وهي:

1- إذا وجد أحد الموصى لهم عند موت الموصى أو بعده، ثم مات، ولم يولد غيره، ولم يحصل اليأس من ولادته، فأفتى جماعة بعودة الغلة إلى ورثة الموصى، كما كانت لهم قبل وجود أي واحد من الموصى لهم، بناء على الراجح والمعمول به من أن الغلة للورثة قبل وجود الموصى له، لا فرق بين العدم السابق، والعدم اللاحق.

وأفتى آخرون بأن الغلة تكون لورثة الموصى له الميت، تورث عنه، ولا تعود لورثة الموصي، لكن الوصية ضارت نهائية بعد وجود بعض الموصى لهم.

---

[1] - راجع بناني 176/8 – النوازل الصغرى 524/4 – 489.

[2] - النوازل الصغرى 486/4.

حجـة القـول الأول أن هـذه الوصية لها حكم الحبس قبل انحصار الموصى لهم، والمحـبس علـيه ينقطع حقه في الحبس بموته، ولا يورث عنه[1] واحتج له بعضهم بأن الملك للورثة قبل الانحصار، فتكون الغلة لهم إذا لم يوجد لها مصرف[2].

وحجـة القـول الـثاني أن الغلة للموصى له بعد وجوده حيا بعد موت الموصي، ومن مات عن حق انتقل لوارثه[3].

2- إذا مـات بعض الموصى لهم، وبقي غيره حيا، والمشهور في هذه أن نصيبه لمن بقـي حـيا من الموصى لهم، ولا يرجع لورثة الموصي، ولا لورثته هو، بناء على أن الميت لا يحـيى بالذكـر، وعلـى مقابله يكون نصيبه في الغلة لورثته، يورث عنه، وبه أفتى بعض المتأخرين وبه جرى العمل في سوس، وإن كان الهلالي أمكر وجود هذا القول في المذهب المالكي[4].

3- إذا شـرط الموصـي وقـف الغلـة حتى ينحصر الموصى لهم، فتقسم عليهم مع الأصـل، وقد اختلف فيها[5]. فأفتى جماعة ببطلان الشرط، وإعطاء الغلة لورثة الموصى قـبل وجـود الموصى لهم، وقسمها بين الموصى لهم في حال تعددهم، وانفراد الموجود بها إذا لم يكن إلا واحدا.

وأفـتى آخـرون بصـحة الشـرط، ووجـوب وقـف الغلـة إلى وقت اليأس، أخذا بحديـث " المسلمون عند شروطهم"[6] وعموم قوله تعالى:﴿ **فمن بدله بعدما سمعه فإنما إثمه على الذين يبدلونه**﴾[7]، وبقاعدة أن ألفاظ الموصي كألفاظ الشارع في وجوب التقيد بها.

---

1 - نفس المرجع 489/4.

2 - أحكام الوصايا للدكتور فراج ص 113-114 – انظر النوازل الصغرى 488/4-489.

3 - راجع النوازل الصغرى 495/4-497-506 – المعيار 363/9-364.

4 - نفس المرجع 489/4.

5 - المعيار 360/9 - النوازل الصغرى 493/4.

6 - سبق تخريجه.

7 - من الآية 181 البقرة.

وأجرى بعضهم هذا على الخلاف الأصولي في المقلد، هل له أن يختار قولا من أقوال إمامه ويلتزمه أم لا؟ فمن أجاز له ذلك أوجب تنفيذ شرطه. لأنه اختار القول بوقف الغلة، ولو كان حيا للزمه، فيعمل باختياره.

ومن رأى أنه ليس له ذلك أبطل هذا الشرط، وأوجب العمل بالراجح في المسألة، وهذا هو الراجح أصوليا، لأن العامي ليس أهلا للترجيح، والاختيار في مواطن الخلاف، ولأن العمل بالراجح والحكم به واجب، لا يجوز تركه لاختيار المقلد غيره[1].

4 – وهي قريبة من الأولى وتعطى حكمها، وهي إذا أوصى الموصي بثلثه، أو بمعين، وشرط أن يوضع ما ينوب كل واحد تحت يد وليه حتى يوجد، كمن له ثلاثة أولاد، أوصى لأولادهم بالثلث، أو بمعين، وشرط أن يبقى بيد كل واحد من أولاده الثلاثة ما ينوب ولده في الوصية، وقد أفتى فيها ابن زيادة الله بصحة الوصية وبطلان الشرط [2].

5 – في وقت استحقاق الموصى له الغلة.

وقد اختلف فيها على ثلاثة أقوال[3]:

الأول أنه يستحقها بالإبار، فإذا مات فنصيبه لورثته، وإن كانت لم تطب.

والقول الثاني أنه يستحقها بالطيب، فمن مات قبله فلا شيء لورثته، ولو كانت مؤبرة، ومن مات بعده فنصيبه لورثته.

والقول الثالث أنه لا يستحقها إلا بالقسم، فمن مات قبله فلا شيء له، ولو بعد الطيب، والقطف، ومن ولد قبله فله نصيبه ولو ولد بعد الطيب والقطف.

المسألة الخامسة في التصرف في الموصى به قبل اليأس:

يرى القائلون بصحة الوصية للمعدوم المنتظر وجوده، وحده أو مع غيره، أنه يجب وقف العقار الموصى به، ومنع التصرف فيه من طرف الموصى لهم، بأي وجه من وجوه التصرفات المغيتة له، حتى يحصل اليأس من وجود غيرهم، لأن هذه الوصية بمنزلة

[1] - النوازل الصغرى 4/493-495.

[2] - المعيار 9/360 - النوازل الصغرى 4/493.

[3] - راجع النوازل الصغرى 4/492.

الحبس، لتعلق حق الغائب بها، ولأنه لا يدرى لمن تكون في نهاية الأمر، فقد يموت الموجود، ويولد المعدوم. إلا أن يتخرب، فيجوز بيعه، كما يباع الحبس على المعمول به، إذا لم يوجد ما يصلح به، ويستبدل بثمنه ما هو أحسن منه[1].

واختلف إذا كان الموصى به نقدا، فقيل يشتري به أصل، لتبقى عينه، وينتفع الموصى لهم بغلته، وقيل يتجر به للموصى لهم، ليستفيدوا من ربحه، وقيل يوقف بيد الناظر، ولا يشتري به لأن الغائب لا يشترى له، وقيل إن كان كثيرا يكفي لشراء أصل، أو بعضه اشترى به، وإن كان قليلا لا يكفي لذلك اتجر به، ولا يوقف. كما أنه إذا بيع العقار الموصى به لتصفيق الشريك عليه فإنه يجري في ثمنه الخلاف المذكور[2]، وكذلك اختلف في العرض الموصى به فقيل يباع ويشترى به أصل، وقيل يتجر به أيضا[3].

وفي حالة الاتجار به على القول بذلك، فإنه يتجر به لأول مولود، فإذا وجد غيره شاركه في ذلك، على نحو ما مر في الغلة، ومن بلغ من الموصى لهم يتجر لنفسه.

وإن أصاب المال تلف أو ضياع أو خسارة أثناء التجارة للصغير فلا ضمان عليه، بخلاف ما يصيبه في حال اتجار الكبير لنفسه فإنه يضمنه.

والفرق أن الصغير لا تعمر ذمته، وقد رضي الموصي بالوصية له على ما توجبه الأحكام في الضمان فهو مأذون له، بخلاف البالغ، يضمن الخسارة والتلف لأجل وضع يده[4].

المسألة السادسة في قسمة الموصى به:

والحديث عنها منحصر في وقتها، وعلى من تقسم. وكيف تقسم؟ فهي ثلاثة جوانب، نخصص لكل واحد منها نقطة:

---

1 - راجع النوازل الصغرى 478/4- 515-485.

2 - انظر المعيار 361/9 - النوازل الصغرى 486/4- 485

3 - البهجة 285/2 - النوازل الصغرى 486/4.

4 - نفس المرجع والصفحة.

1 – *بالنسبة للنقطة الأولى التي هي وقت القسمة،* فإن هناك اتفاقا على أنه لا قسمة قبل انحصار الموصى لهم، وعلى ثبوتها بعد انحصارهم، وحصول اليأس من وجود غيرهم، ويتحقق ذلك.

- إما بموت الموصى لولده. رجلا أو امرأة، فإذا أوصى لمن يولد لابنه، أو لمن يولد لابنته، فمات الابن في الأولى، أو البنت في الثانية، فإن الوصية تقسم بين الموصى لهم، لحصول اليأس من ولادة غيرهم بموت الموصى لولده.

إلا أنه إذا كان الموصى لولده أكثر من واحد، فإنها لا تقسم إلا بموت آخر واحد منهم، إذا كانت الوصية لهم مجملة، كما لو أوصى لأولاد بنته، وأولاد ابنه بثلث ماله، أو داره، فإذا مات الابن وبقيت البنت، أو ماتت البنت وبقي الابن لم تقسم الوصية حتى يموتا معا. لعدم انحصار الموصى لهم بموت الابن دون البنت، أو العكس[1].

إلا أن يخص أبناء كل واحد بنصيب من الوصية، مثل أن يوصي بثلثه لأولاد أخيه وأولاد بنته، على أن يكون لأولاد بنته ثلثا الثلث، ولأولاد أخيه ثلث الثلث، فإنه إذا مات أخوه، وبقيت ابنته فإن نصيب أولاد الأخ يقسم بينهم، لانحصارهم بموت أبيهم، ويبقى نصيب أبناء البنت لعدم انحصارهم، والعكس صحيح، تنزيلا لهذه الوصية منزلة وصيتين، لكل واحدة حكمها[2].

2- وإما بحصول اليأس من إنجاب الموصى لولدهم، رجلا أو امرأة بسبب من الأسباب، مثل استئصال رحم الموصى لولدها، أو بلوغها لسن اليأس سبعين سنة فأكثر، أو جب الموصى لولده جبا لا يولد لمثله معه، ويكفي في ثبوت ذلك شهادة عدل، أو امرأتين عدليتين من أهل الخبرة والمعرفة بذلك[3].

كما أن المعتبر هو وقت ثبوت اليأس، وإن تأخر صدور الحكم بذلك، فإذا استؤصل رحم امرأة فمات بعض أولادها الموصى لهم عقب ذلك، فإن حقه في الوصية ثابت[4].

---

1 - راجع النوازل الصغرى 4/ وحاشية الوزاني على التحفة ج 3 – كراسة 47 ص 4.

2 - راجع شرح العمل الفاسي لكنون ص 129.

3 - انظر النوازل الصغرى488/4.

4 - نفس المرجع 488/4-502.

النقطة الثانية: من تقسم عليهم:

بالنسبة لمن تقسم عليهم هناك اتفاق بين المالكية على أنه إذا لم يوجد إلا واحد من الموصى لهم، وعاش إلى حين اليأس من وجود غيره، فإنه يأخذ الوصية وحده، لانفراده، وعدم من يزاحمه، سواء كانت الوصية بصيغة الافراد، كولد فلان، أو بصيغة الجمع، كأولاد فلان، أو بصيغة محتملة كمن يولد لفلان[1]، ووافق الحنفية على اختصاص الواحد بالوصية إذا كانت بصيغة المفرد، أو صيغة محتملة، وقالوا في الوصية بصيغة الجمع ليس للموصى له إذا كان واحدا إلا نصف الوصية، وقوفا مع لفظ الموصي، فإنه أوصى لجمع ولم يوص لواحد، وبناء على أن أقل الجمع إثنان، والنصف الآخر للورثة عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد النصف الآخر لابن الابن (حملا للفظ الولد على حقيقته ومجازه) وسبب الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه هو الخلاف الأصولي في جواز الجمع بين الحقيقة والمجاز، فمن منعه وهو أبو حنيفة حمل لفظ الأولاد على معناه الحقيقي، وهم أولاد الصلب، فأعطاه النصف، ورد النصف على ورثة الميت، ومن جوز الجمع بين الحقيقة والمجاز حمل الأولاد على الولد للصلب. وولد الولد. فأعطى لابن الصلب النصف، ولابن الابن النصف، وهما صاحباه[2].

وقد أخذ القانون المغربي في الفصل 202 بالرأي المالكي، حيث جعل الأصل والغلة لمن وجد وقت اليأس حيث يقول: إذا وجد أحد من الموصى لهم عند موت الموصي، أو بعده كانت الغلة له، وكل من وجد منهم بعده شاركه في الغلة إلى حين اليأس، من وجود غيرهم، فتكون العين والغلة لمن وجد منهم وكلمة من تشمل الواحد والمتعدد.

في حين أخذ القانون المصري برأي أبي حنيفة حيث يقول في المادة 28 إذا لم يوجد من الموصى لهم غير واحد انفرد بالغلة أو العين الموصى بها، إلا إذا دلت عبارة الموصى، أو قامت قرينة على أنه قصد التعدد، ففي هذه الحالة يصرف للموصي له نصيبه من الغلة، ويعطي الباقي لورثة الميت، وتقسم العين بين الموصى له، وبين ورثة الموصي، حين حصول اليأس من وجود مستحق آخر.

---

[1] - راجع البهجة 285/2 - النوازل الصغرى 457/4.

[2] - بدائع الصنائع 344/7-345- الفقه على المذاهب الأربعة 338/3.

2 – وأما إن كان الموصى لهم أكثر من واحد حين اليأس فإن هناك خلافا وأقوالا في مذهب مالك وخارجه[1].

الأول أنها تقسم على الموجودين على قيد الحياة حين انحصارهم، وحصول اليأس من وجود غيرهم.

ومن مات بعد ذلك فنصيبه لورثته، لموته بعد استحقاقه، ومن مات قبل انحصارهم فلا شيء له، ولا يحيي بالذكر، لوفاته قبل الاستحقاق.

والقول الثاني هو أنها تقسم على جميع الأولاد، الأحياء والأموات، فمن كان حيا أخذ نصيبه، ومن كان ميتا فنصيبه لورثته، ويحيى بالذكر.

وقال الحنفية تقسم على الموجودين يوم وفاة الموصي، ولا شيء لمن مات قبله، ولو كان موجودا حين الوصية، كما لا شيء لمن يولد بعد ذلك[2]، بناء على أصلهم في اشتراط وجود الموصى له غير المعين وقت وفاة الموصي.

وقال الشافعية: يختص بها من كان موجودا يوم الوصية.

والقول الأول هو الأشهر، والأرجح والمعمول به في المذهب المالكي[3]، إلا أن القانون المغربي أخذ بالرأي الثاني القائل بقسمها على جميع الأولاد، من مات منهم ومن بقي، وأن الميت يحيى بالذكر، بشرط استهلاله حيا.

فقد جاء في الفصل 204 إذا مات الموصى له بعد أن استهل استحق وصيته، وعد ما استحقه من جملة تركته، ويحيى بالذكر عند الانحصار، كما جاء في الفصل 202 إذا وجد أحد الموصى لهم عند موت الموصى أو بعده كانت الغلة له، وكل من وجد منهم بعده شاركه في الغلة، إلى حين اليأس من وجود غيرهم، فتكون العين والغلة لمن وجد منهم، ويكون نصيب من مات منهم تركة عنه.

وبه أخذ القانون المصري في مادته 26 الفقرة 2، والقانون السوري في مادته 231 الفقرة 2.

---

1 - راجع بناني 176/8 النوازل الصغرى 487/4 .

2 - تنظر الفتاوى الهندية 105/6.

3 - النوازل الصغرى 501/4- 502

واتفـق الفقهـاء علـى بطـلان الوصـية، ورجوعها ميراثا بين ورثة الموصي إذا لم يوجـد أحـد مـن الموصى لهم، حتى حصل اليأس من وجودهم بموت الموصى لولده، أو استحالة الإنجـاب مـنه بحسـب العـادة، وبـه أخذ القانون المصري المادة 26 حيث يقول: وعـند حصـول الـيأس مـن وجود أحد الموصى لهم تكون العين الموصى بها ملكا لورثة الميـت. كما أخذ به القانون المغربي في الفصل 210 حيث يقول: إذا كان الموصى له من سيولد لشخص، ثم مات ذلك الشخص ولم يترك ولدا، ولا حملا عادت الوصية ميراثا.

إلا أن صـياغة النص المصري أدق وأعم، فإنها تشمل ما إذا بقي الموصى لولده حيا ولكنه مبئوس من إنجابه لسبب ما بينما النص القانوني المغربي ناقص، لا يشمل هذه الحالـة، كما أن النص المغربي يشمل من ولد له أولاد في حياته وماتوا قبله، لأنه يصدق عليه أنه مات ولم يترك ولدا، ولا حملا ، بينما القانون المصري لا يشمل هذه الحالة: لكنه يقول وعند حصول اليأس من وجود أحد الموصى لهم.

وقد اختلف الفقهاء في هذه الحالة: إذا وجد الموصى لهم، ثم ماتوا قبل حصول الـيأس، فقـال جماعـة بـبطلان الوصـية ورجوعهـا ميراثـا لورثة الميت، لأن المعتبر وقت اليأس، وقال آخرون الوصية صحيحة، وتعطى لورثة الموصى له الميت لإحيائه بالذكر[1].

وسـبب الخلاف هو الخلاف السابق في تكييف هذه الوصية، هل هي وصية تمليك ابتداء وانتهاء، أو هي وصية بالغلة ابتداء، وتمليك انتهاء.

فمـن رأى الأول قـال بإحـياء الميـت بالذكر، وإعطاء نصيبه لورثته، ومن رأى الـثاني قـال: لا يحيى بالذكـر، وتعـود الوصـية في هذه الحالة لورثة المبت، لعدم وجود مستحق لها حين اليأس.

والقـول الأول أولـى، لأن في إبطالهـا تـبديلا للوصية، وإضرارا بالموصى لهم، وورثـتهم بإبطـال حقهـم، وإضـرارا بالموصي بحرمانه من أجره، ومخالفة إرادته، وقد قال صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار"[2].

---

[1] - راجع الرهوني 23/8 – البهجة 288/2 - النوازل الصغرى 533/4.
[2] - سبق تخريجه.

وهـذا مـا أخـذ بـه القـانون المصـري في مادته 26 الفقرة 2 التي تقول: ويكون نصيب من مات تركة عنه.

والقـانون السـوري في مادتـه (231 ف 2) كمـا أن نـص القـانون المغـربي في الفصلين 204-202 يساعد على ذلك لنصه على احياء من مات بالذكر عند الانحصار.

ومـن فـروع هذه الحالة ما لو كان الموصى لولده أكثر من واحد، فولد لأحدهم ولد، ومات قبل الانحصار، وولد للآخر أولاد عاشوا إلى حين اليأس، فالمشهور المعمول بـه في الفقـه المـالكي أن نصيب من مات لأبناء عمه الأحياء وقت الانحصار، ومقابله أن نصـيبه لورثـته[1]، ونصـوص القوانـين المغربـية والمصـرية والسـورية تقتضـي هذا وتشمله فيقتضي بها لورثته.

النقطة الثالثة كيف تقسم:

بالنسـبة لهـذه الـنقطة فإنها تقسم على الرؤوس قسمة ملك، لا فضل لذكر على أنـثى، ولا لفقـير علـى غني، إلا أن ينص الموصي على تفضيل بعض على بعض، فيعمل بشرطه[2]، سواء كان الموصى لولده واحدا أو متعددا، فالأول مثل الوصية لأولاد ولده، أو ابنـته، والـثاني مـثل الوصـية لأولاد أخيه، وأولاد أخته، ففي جميع ذلك تقسم على عـدد الموصى لهم الموجودين يوم الأياس، على المعمول به، أو على عدد من ولد منهم حـيا علـى مقابلـه الـذي أخـذ بـه القـانون، فإذا ولد لولده ثلاثة أبناء كان لكل ثلث الوصـية، كمـا أنـه إذا ولد لأخيه أربعة، ولأخته ستة في المثال الثاني فإنها تقسم بينهم علـى عشرة عدد رؤوسهم بقطع النظر عن أصلهم، إذا كانت الوصية مجملة[3]، وإذا ولد لأخـيه ولم يولـد لأخته، أو العكس فإن الوصية تكون لمن ولد، ولا شيء لمن لم يولد له، ولا يكـون نصـيبه لورثـة الميت، كما أنه لو ولد لأحدهما ولد، ومات قبل الاياس، فإن نصيبه لورثته، أو للموصى لهم على الخلاف السابق في إحيائه بالذكر وعدمه[4].

---

1 - راجع النوازل الصغرى .489-488/4.
2 - انظر المدونة 315/4 – الزرقاني 176/8.
3 - البهجة 288/2.
4 - نفس المرجع والصفحة.

وأما إذا كانت الوصية مفصلة، مجزأة منصوصا فيها على مقدار كل فريق منهم، فإن أبناء كل واحد يختصون بحصتهم في حال وجودهم، وتبطل إذا لم يوجد أحد منهم، كما لو أوصى لأولاد بنته، وأولاد عمه، وأولاد خاله بداره، أو ثلثه، على أن يكون لأبناء بنته نصف الوصية، ولأبناء عمه ربعها، والربع الآخر لأبناء خاله، فإن أبناء بنته يقتسمون نصف الوصية بينهم. قلوا أو كثروا، كما أن أولاد عمه وأولاد خاله يقتسم كل واحد منهم ربعه على عدد رؤوسهم، قلوا أو كثروا[1].

وإذا لم يولد لبنته أحد بطلت الوصية في النصيب المخصص لهم، ويعود للورثة، ولا تكون لشركائهم في الوصية، أبناء العم وأبناء الخال، وكذلك الشأن إذا لم يولد لعمه ولد، فإن الوصية تبطل في نصيب أولاده، ولا ترجع لشركائهم، تنزيلا لهذه الوصية منزلة وصايا متعددة، تعطى كل واحدة حكمها[2].

ومثل هذا يجري في قسم الغلة، فإنها تقسم قبل اليأس وبعده بين المستحقين لها على عدد الرؤوس، لا فرق بين الذكر والأنثى، كان الموصى لولده واحدا أو متعددا، إذا كانت الوصية مجملة، فإن كانت مفصلة فإن لكل فريق ما عين له، مثل الوصية لأبناء زيد، وأبناء بكر، وأبناء عمر بثلثه، على أن يكون لأبناء كل واحد ثلث الثلث كما سبق[3].

المطلب الثاني:

في كونه معلوما معينا

الشرط الثاني من شروط الموصى له أن يكون معلوما، والمراد بكونه معلوما أن لا يكون مجهولا جهالة تمنع من معرفته والتعرف عليه، سواء كان معروفا باسمه، كفلان بن فلان، أو بالإشارة إليه، كهذا الرجل، أو هذا المسجد، أو كان معروفا بوصفه كالفقراء والمساكين، وبني فلان، وسكان مدينة كذا، أو شبابها، وهو شرط لصحة الوصية عند الحنفية، لأن الوصية تمليك، وتمليك المجهول الذي لا يعرف بوسيلة من الوسائل لا يصح

1 - نفس المرجع والصفحة.

2 - نفس المرجع والصفحة.

3 - انظر تحفة ابن عاصم بشرح التاودي والمهجة: 288/2.

لتعذر تسليم الوصية إليه[1]، وقال المالكية لا يشترط تعيين الموصى له، وقال الشافعية يشترط في الوصية للشخص دون الجهة[2].

ومما يتفرع عن وجود هذا الشرط وعدم وجوده حكم الوصية للمجهول المطلق، والوصية للمعين، والوصية التي لم يعين للوصي في مصرفها، والوصية التي لم يعين الموصي مصرفها، ولم يفوضه لأحد، والوصية التي نسي الشهود الموصى له الذي عينه الموصي، فهي أربع وصايا نخصص لكل واحدة منها فرعا.

الفرع الأول في الوصية لمعين: المراد بالمعين، مشروعية الوصية له، كيفية توزيعها عليهم، وفاة بعض الموصى لهم.

المراد بالمعين ما عينه الموصي في وصيته بتسميته باسمه الذي يميزه عن غيره، كفلان بن فلان، أو بالإشارة إلى شخصه وعينه، كهذا الولد، أو هذا المسجد، أو هؤلاء الأبناء، أو الطلبة مشيرا إلى أعيانهم، وأشخاصهم.

وقد اتفق الفقهاء على جواز الوصية له، لتوفر شرط العلم فيه، كما اتفقوا على اختصاصه بالوصية، واحدا كان أو أكثر، لا يشاركه فيها من لم يسمه، ولم يشر إليه ممن كان موجودا قبله، أو ممن يوجد بعده، من الأولاد، أو المساجد والطلبة مثلا، لأن الموصى له نص في معناه لا يقبل الاحتمال والتأويل.

كما اتفقوا على توزيعها بين الموصى لهم المعينين في حال تعددهم على الرؤوس من غير تفضيل لذكر على أنثى، ولا فقير على غني، ولا قريب على أجنبي، إلا بنص من الموصي فيتبع[3].

ومن مات منهم قبل وفاة الموصي رجع حقه لورثة الموصي، بخلاف من مات بعد موت الموصي فحقه ثابت يرثه عنه ورثته، لموته بعد استحقاقه، ومن مات عن حقه

1 - راجع بدائع الصنائع 342/7 – الرهوني 238/8 نهاية المحتاج 42/6 الشرقاوي 73/2.

2 - راجع الزرقاني وبناني 186/8 المعيار 329/9.

3 - نفس المرجع والصفحة المدونة 316/4 النوازل الصغرى 453/4-455.

فلوارثه، سواء كان الموصى به عينا، كدار وأرض، أو كان منفعة, كسكنى دار وثمر بستان وكراء سفينة، إلا أن تكون الوصية بمنفعة مدة حياة الموصى له فتبطل بموته[1].

ووافق الحنفية على ميراث العين الموصى بها لمعين، بخلاف المنفعة فإن حق الموصى له يبطل عندهم بموته، ولا تورث عنه وترجع لورثة الموصي[2].

ومنشأ الخلاف اختلاف الجمهور والحنفية في المنافع، هل هي أموال فتورث؟ وهو قول الجمهور. أو ليست بأموال فلا تورث، وهو قول الحنفية.

واختلف إذا أوصى بثلثه لمعينين سماهم بأسمائهم، وسمى لبعضهم مبلغا معينا، وترك غيرهم دون تسمية، فإن المسمى لهم يعطون ما سماه لهم، والباقي يعطي لمن لم يسم لهم، كأنه أوصى لهم ببقية الثلث قل أو كثر[3].

وقال مالك يعطى المسكوت عنه ثلث الثلث، والمسمى لهما ما سمي لهما، والباقي يقسم بينهم بحسب الحصص[4]، وذلك كمن أوصى بثلث ماله لزيد وعمرو وخالد ثم قال لزيد عشرون، ولعمرو عشرة، وسكت عن خالد، فإذا كان الثلث ستين أعطي لزيد عشرون، ولعمرو عشرة، تبقى ثلاثون يعطى لخالد ثلثها، تبقى عشرون، تقسم بينهم جميعا بنسبة ما لكل من الوصية، عشرون على أربعين، ينوب زيدا منها عشرة، وينوب كلا من عمرو وخالد خمسة، فيأخذ زيد نصف الثلث، ويأخذ الآخران ربع الثلث لكل واحد منهما على قول مالك، وعلى القول الأول يأخذ زيد عشرون، وعمرو عشرة، والباقي يأخذه خالد.

الفرع الثاني في الوصية للمجهول المطلق:

المقصود بهذا القسم المجهول جهالة تامة، تمنع من معرفته بأية وسيلة من الوسائل السابقة، مثل الوصية لرجل من الناس، وامرأة من النساء، والوصية لمحمد، ونحو ذلك

---

1 - انظر المدونة 310/4 – الزرقاني 197/8.
2 - الفقه الإسلامي 71/9.
3 - المعيار 372/9.
4 - الذخيرة 52/7.

مـن الأشخاص الذين لا يمكن معرفتهم من غيرهم، وقد اتفق الفقهاء على بطلان الوصية في هذه الحالة لانتفاء شرط العلم في الموصى له[1].

واختلف في الوصـية لواحـد مـن مـتعدد معلوم، من غير تعيين له، مثل الوصية لأحـد هذيـن الرجلين والوصية لإحدى جدتيه "أو لإحدى خالتيه: فلانة أو فلانة على ثلاثة أقوال[2]:

الأول أنهـا باطلـة، والثاني أنها صحيحة ويقسم بينهما، والثالث أنها صحيحة أيضـا والخـيار للورثـة يعطونهـا لمن شاؤوا، الأول مذهب الشافعية وأبي حنيفة، والثاني لأبي يوسف، والثالث لمحمد صاحب أبي حنيفة.

حجـة القـول بالـبطلان أنهـا وصـية لمجهـول، ولا يتصور الملك له ما دام على جهالـته، قياسـا على من أوصى لواحد من الناس، وحجة القول بالصحة أن هذه الجهالة يسيرة لا تضر.

أما حجة القول بقسمها بينهما فهو القياس على من أعتق أحد عبديه، ثم مات قبل التعيين، فإن العتق يشمله، ويعتق من كل نصفه، فكذلك هنا، تكون الوصية بينهما، لانحصارها في أحدهما وعدم البيان فيها.

وحجة القول بجعل الخيار للورثة أن الموصي كان له الحق في تعيين أحدهما، قبل موته، فلما مات انتقل هذا الحق إلى ورثته.

واتفـق الجميع على صحتها إذا قال: أعطوها لأحدهما لأن التفويض للورثة في أعطاها لأحدهما، وهم إنما يعطونها لمعين فلا إبهام حينئذ[3].

الفرع الثالث في الوصية المفوض في مصرفها:

المقصـود بهـذا الـنوع مـن الوصـية هـي الوصية التي فوض الموصي للوصي، أو الوارث في تعيين مستحقها، ولم يعين له جهة ولا شخصا، كان يقول أوصيت بثلثي يصرفه فلان حيث شاء، أو ما شابه ذلك.

---

[1] - انظر بدائع الصنائع 342/7.

[2] - نفس المرجع والصفحة.

[3] - نهاية المحتاج 42/6 – الشرقاوي 73/2.

وقد اتفق الفقهاء على صحة هذه الوصية، وإن كان الموصى له غير معلوم فيها[1]، لأنه لما فوض للوصي في صرفها وهو لا يدفعها إلا لمعين، كان ذلك بمنزلة تعيين الموصى له، وكان كافيا في صحة الوصية، إلا أنه يبقى السؤال عن الجهة التي تصرف فيها الوصية، وقد اختلف الفقهاء في ذلك.

فقال الشافعية له صرفها حيث شاء من غني وفقير، ومسلم وكافر، ووارث وغيره، ولا يجوز له الأخذ منها لنفسه، ولو أذن له في ذلك، لما يلزم على ذلك من اتخاذ القابض والمقبض، وهو لا يجوز عندهم، كما لا يجوز له إعطاء من لا تجوز شهادته له من قرابته، للتهمة، إلا أن ينص له على شيء يعينه يعطيه لهم، فيجوز حينئذ لانتفاء التهمة واختلاف القابض والمقبض حينئذ[2].

وقال الحنفية: إن أوصى له أن يضعها حيث أحب جاز له الأخذ لنفسه، بخلاف ما لو قال له أعطه من شئت، فإنه لا يأخذ لنفسه، لأن الإعطاء لا يتحقق إلا بأخذ أحد غيره، كما أنه إذا أمره أن يتصدق بثلثه لم يجز له أخذه لنفسه، ولا إعطاؤه لولده الذي لا يعقل، بخلاف زوجته، وابنه الكبير، والصغير الذي يعقل فيجوز دفعه لهم[3].

وللحنابلة احتمالات أربعة[4]:

الأول الجواز، لعموم اللفظ، ودخوله هو وأهله في العموم، بناء على دخول المخاطب في عموم ما خوطب به.

والثاني المنع لأنه وصي على التفريق فلا يجوز له الأخذ، ولأنه دافع فلا يكون قابضا، بناء على أصلهم في منع تولي الشخص الواحد طرفي العقد.

والثالث النظر للقرائن، فإن دلت على أنه أراد أخذه منه كان له الأخذ، وإلا فلا.

---

1 - انظر الرهوني 233/8.

2 - راجع نهاية المحتاج وحواشيه 100/6.الأم 101/4.

3 - الفتاوي الهندية 141/6-135.

4 - المغني 145/6.

والرابع جواز الدفع لولده، وسائر أقاربه إذا كانوا مستحقين دون نفسه، لأنه مأمور بالتفريق، وقد فرق.

وقال المالكية فيمن قال له: ضعها حيث شئت يجوز له اعطاؤها لذريته، وإذا قال له ضعها حيث أراك الله، لم يجز له أن يأخذ منها لنفسه ولا لولده، ولا لخاصته ولا يحابي بها أحدا، إلا أن يكون لذلك وجه يسميه ويذكره، ويعرف أن الذي أعطي أهل لذلك[1].

وإذا أراه الله أن يفرقه على المساكين أو في وجه من الوجوه وكان منهم، فله الأخذ بذلك الوجه، وتلك الصفة حينئذ، فإذا جعله للفقراء، وكان فقيرا فله الأخذ، وإن جعله في المجاهدين أو العلماء وهو منهم فله الأخذ حينئذ بتلك الصفة، ولا يأخذ إن لم يكن من أهلها وإن كان محتاجا[2].

واتفق الجميع على أنه ليس له دفعها لورثة الموصي، ليلا يكون وصية لوارث، فإن فعل بطلت الوصية وصارت ميراثا، ولا يجبره الحاكم على صرفها في جهة أخرى[3]، كما أنه ليس له ذلك، لأنه خيره في وضعها حيث شاء، فلما وضعها في الوارث بطلت، لأنه نائب عن الموصي، والموصي لو جعلها لوارثه لبطلت. ولا تصرف في مصرف آخر بعد ذلك.

الفرع الرابع في الوصية لله والوصية التي لم يذكر فيها الموصى له (أو نسيه الشهود أو الحاكم):

يتضمن هذا الفرع أربع وصايا:

الأولى الوصية لله تعالى: والجمهور أنها وصية صحيحة، وتصرف في وجوه البر، ولا تختص بالفقراء والمساكين. وقال أبو حنيفة وأبو يوسف هي وصية باطلة[4].

---

[1] - الذخيرة 157/7- المواق 387/6.

[2] - الرهوني 238/8 – 239.

[3] - الذخيرة 167/7 وانظر المعيار 517/9 نهاية المحتاج 49/6.

[4] - وانظر نهاية المحتاج 43/6 الفتاوي الهندية 96/6 – الفتاوي الخانية 435/6. الأم 101/4.

وقد أخذ القانون المغربي الفصل 205 والقانون المصري (م7) والقانون السوري (م213) بمذهب الجمهور القائل بصحتها وصرفها في وجوه الخير دون تحديد.

الوصية الثانية التي لم يذكر فيها الموصى له أصلا، كما لو قال الموصي أوصيت بثلث مالي، أو داري ولم يزد على ذلك، ثم مات قبل البيان، وهي وصية صحيحة، وتفرق في الفقراء والمساكين، لأن الشأن في الوصية أن يقصد بها أولئك، فكان إطلاقها بمنزلة ذكرهم[1]، لأن العرف حجة تخصص العام، وتقيد المطلق.

والوصية الثالثة التي عين فيها الموصي الموصى له، ونسيه الشهود مع تأكدهم من وقوع الوصية ومقدارها، وقد أفتى فيها الفقهاء المالكية ببطلانها ورجوعها ميراثا، إلا أن يعين الشهود الجهة التي عينها الموصي.

وفرقوا بين نسيان الشهود ونسيان الحاكم ذكر ذلك في سجله، وقالوا إذا سمي الشهود مصرف الوصية ونسي الحاكم ذكر ذلك في سجله، بعد سماعه من الشهود، فإنه يوقف الموصى به، ويتأنى به قدر ما يعرف مصرف الوصية، فإن يئس من معرفته وزع ذلك على المساكين ولا يرجع ميراثا[2].

ولعل الفرق بينهما أن نسيان الشهود حصل قبل أداء الشهادة، وذلك مانع من قبولها لقاعدة: أنه لا تقبل إلا شهادة معروف لمعروف في معروف على معروف[3].

بينما نسيان الحاكم واقع بعد أداء الشهود شهادتهم، فثبتت الوصية بالأداء، وبقي الشك في مستحقها، فينتظر ريثما يتبين الأمر، فإن حصل اليأس تصدق به، كمال ضل صاحبه على قاعدة اللقطة. فتعطى حكمها.

---

1 - نهاية المحتاج 43/6- الفتاوي الهندية 95/6- المعيار 171/5.

2 - انظر المعيار 379/9- النوازل الصغرى 433/4.

3 - انظر مواهب الخلاق على الزقاق لأبي الشتاء الصنهاجي 298/1.

المطلب الثالث:

في كونه ممن يحصى

هذا أحد الشروط المختلف فيها أيضا، ومذهب المالكية والحنابلة أنه لا يشترط، وأن الوصية صحيحة لمن يحصى، ولمن لا يحصى.

ومذهب الحنفية اشتراطه، وأن الوصية لمن لا يحصى باطلة، إلا أن يكون في لفظ الموصى له ما يشعر بالحاجة كما يأتي.

وللشافعية قولان بالصحة والبطلان. بناء على اشتراطه وعدم اشتراطه.

وللتمييز بين ما يحصى ومن لا يحصى، وبيان أحكام كل واحد منهما نقسم هذا المطلب إلى فرعين، الأول في الوصية لمن يحصى، والثاني في الوصية لمن لا يحصى.

الفرع الأول في الوصية لمجهول محصور باصطلاح المالكية، أو لمن يحصى باصطلاح آخر للحنفية:

والحديث عنه في الفرق بين من يحصى ومن لا يحصى، وفي مشروعية الوصية لمن يحصى، وفي كيفية قسمها بين أهلها.

فأما بالنسبة للفرق بين من يحصى ومن لا يحصى، أو بين المجهول المحصور، والمجهول غير المحصور، فإن هناك أربعة أقوال للحنفية[1]:

الأول أن من لا يحصون هم الذين لا يمكن إحصاؤهم إلا بالكتاب، أو حساب، ومن يحصون هم الذين يمكن إحصاؤهم بدون كتاب ولا حساب.

القول الثاني الذين لا يحصون هم الذين لا يتم إحصاؤهم حتى يولد فيهم مولود، أو يموت منهم ميت، ومن يحصون هم بخلاف ذلك.

الثالث من لا يحصون من كانوا فوق مائة؛ ومن يحصون هم من كان دون ذلك.

القول الرابع أن الفرق موكول لاجتهاد القاضي وتقديره، من غير تحديد بعدد، ولا ضابط، وهو القول المعتمد والمفتى به في المذهب الحنفي.

---

[1] - انظر الفتاوي الهندية 119/6 بدائع الصنائع 342/7.

وقـال الشـافعية: من يحصون هم من يسهل عدهم عادة، وغيرهم هم الذين يشق عادة استيعابهم[1].

وقـال المالكـية، غـير المحصـور هـو مـن لا يمكـن الاحاطـة بهـم، مـثل الفقراء، والمسـاكين، والغـزاة، وبني تميم وبني زهرة، ونحو ذلك من القبائل الكبرى، وسكان مدينة كذا.

والمحصـورون هم من يمكن الاحاطة بهم، إلا أن الموصي لم يسمهم بأسمائهم، ولم يشر إليهم، أو يعينهم مثل الوصية لأولاد فلان وأولادهم، أو الوصية لإخوته وأولادهم أو لأخواله وأولادهم ونحو ذلك[2].

وقد اتفق الفقهاء على صحة الوصية لمن يحصى وجوازها لهم، إلا أنهم اختلفوا في كيفـية قسمها بين أهلها فقال الشافعية: يجب تعميمهم، والتسوية بينهم، وإن اختلفت حاجتهم على الصحيح عندهم، وتختص بمن كان موجودا وقت الوصية[3].

وقـال الحـنفة: تقسم بينهم على عدد الرؤوس، إلا بشرط من الموصي، ومن مات قـبل مـوت الموصـي فنصـيبه لبقـية الموصى لهم، ومن مات بعد استحقاق الوصية فنصيبه لورثـته في الوصـية بالأعـيان، بخـلاف الوصية بالمنافع فإن نصيبه لبقية الموصى لهم، بناء على أصلهم في المنافع أنها ليست بأموال، ولا تورث[4].

وللمالكية قولان: أحدهما أنها كالوصية لمعين، تقسم بينهم بالتساوي ومن مات منهم بعد الموصي وقبل القسم فنصيبه لورثته، ومن ولد بعد موت الموصي لا شيء له.

والقـول الثاني أنها كالوصية للمجهولين الذين لا يحصون تقسم على من حضر القسم، ومن مات قبله فلا شيء له، ولو كان موجودا وقت الوصية، ومن يولد بعد موت الموصـي وقـبل القسـم دخل في الوصية. وتقسم بينهم بالاجتهاد، ولا يلزم تعميمهم، ولا التسوية بينهم، والأول قول مالك، والثاني قول ابن القاسم[5].

---

1 - نهاية المحتاج 56/6.
2 - الزرقاني وبناني 186/8.
3 - نهاية المحتاج وحواشيه 78/6-79.
4 - الفقه الاسلامي وأدلته 72/8.
5 - انظر بناني والزرقاني 186/8-184- المعيار 21/7- الحطاب 375/6. الدخيرة 18/7.

وقد أخذ القانون المصري م 31 والقانون السوري م 34 بمذهب الحنفية.

الفرع الثاني في الوصية لمن لا يحصى:

اختلف الفقهاء في هذه الوصية من وجوه:

في صحتها وبطلانها، وفيمن له الحق في حال صحتها، وفي كيفية توزيعها على مستحقيها.

أما بالنسبة لصحتها وبطلانها فإن هناك خلافا بين المذاهب الأربعة فيها:

مذهب المالكية والجمهور صحتها، ويجبر الورثة على تنفيذها إذا أبوا كسائر الوصايا، وتوقف بعض المالكية في إلزام الورثة تنفيذها، قياسا على الصدقة عليهم في الحياة، فإن من حلف بالصدقة على الفقراء والمساكين ببعض ماله وحنث يلزمه إخراج الصدقة، ولا يقضي عليه بذلك إذا أبى[1] وهو قول ضعيف لا سند له، ويرده الإجماع على وجوب تنفيذ الوصايا المشروعة، دون تفصيل بين الموصى له المعين والمجهول، كما يرده عموم قوله تعالى "فمن بدله بعد ما سمعه فإنما إثمه على الذين يبدلونه"[2].

وقال الحنفية لا تصح الوصية لمن لا يحصون مثل الوصية للمسلمين والفقهاء، وسكان مدينة كذا على الخلاف بينهم في تحديد من لا يحصى، واستثنوا من ذلك ما إذا كان في لفظ الموصى لهم ما يشعر بالحاجة وينبئ عنها، مثل الوصية لفقراء المسلمين ومرضاهم، واليتامى والمساكين[3]. وللشافعية قولان بالصحة والبطلان[4].

حجة الجمهور على الجواز:

1 – عموم أدلة الوصية، فإنها تشمل من يحصى ومن لا يحصى، والعام على عمومه حتى يرد ما يخصصه.

2 – القياس على الوصية للفقراء والمساكين فإنها لغير محصور وقد سلموا جوازها.

---

1 - انظر المدونة 316/4 – المغني 58/6 – المعيار 378/9.

2 - من الآية 281 البقرة.

3 - بدائع الصنائع 342/7.

4 - نهاية المحتاج 65/6-81.

وحجة الحنفية:

1 – أن الوصية لغير محصور ممن لا يحصى وصية لمجهول، وتمليك المجهول جهالة لا يمكن رفعها لا يصح[1].

2 – أن الوصية لمن لا يحصى يدخل فيها الأغنياء والفقراء، فلا تبقى قربة، وتكون حقا من حقوق الآدميين، وحقوق الآدميين إذا دخلتها الجهالة لا تصح[2].

وفرقوا بين الوصية المشعرة بالحاجة كالفقراء، وبين الوصية التي لا تشعر بتلك الحاجة. كالوصية للمسلمين بأن الأولى وصية بالصدقة، وهي إخراج المال إلى الله سبحانه وتعالى، وكأن الوصية لله وهو واحد معلوم، فصحت الوصية لهم، بخلاف الوصية لمن لا يشعر لفظه بالحاجة كالمسلمين، فإنها تمليك للموصى لهم، ولم تقع صدقة، وهم مجهولون، فلا تصح لهم[3].

إلا أنه رغم ما في هذا التوجيه من التكلف، وصرف اللفظ عن ظاهره، حيث جعلوا الوصية للفقراء مثلا وصية لله، فإن يرد عليهم أنهم لا يجيزون الوصية لله، حيث قالوا فيمن أوصى بثلث ماله لله: إنها وصية باطلة[4].

فكيف يبطلون الوصية إذا كانت لله صراحة، ويؤولون الوصية للفقراء على أنها وصية لله، فيمنعون الصريح ويجيزون المؤول؟

وقد أخذ القانون المغربي بمذهب مالك القائل بصحة الوصية لمن لا يحصون مطلقا حيث جاء في الفصل 184 الوصية لغير معين لا تحتاج إلى قبول... وهي عبارة واضحة الدلالة في صحة الوصية واستغنائها عن القبول، ولفظ غير معين شامل لمن يحصى، ولمن لا يحصى، كان اللفظ مشعرا بالحاجة أم لا.

كما أخذ به القانون المصري في المادة 30 القائلة تصح الوصية لمن لا يحصون ويختص بها المحتاجون، وهي نص القانون السوري في مادته 233 إلا أن قصرها علي

---

[1] - بدائع الصنائع 342/7.
[2] - المغني 56/6.
[3] - بدائع الصنائع 342/7.
[4] - الفتاوي الهندية 97/6 – الفتاوي الخانية 435/6.

المحتاجين، وتخصيصهم بها دون غيرهم يعتبر مخالفة للفظ الوصية، وتخصيصا له من غير مخصص، كما أنه مخالف لمذهب الحنفية والمالكية معا.

أما المالكية فإنهم لم يقصروها على المحتاجين، وفوضوا الأمر للوصي يوزعها باجتهاده، ولم يوجبوا عليه شيئا، فلا يمكن القول بأن القانون المصري أخذ بمذهب المالكية إلا في حدود ضيقة، وهو مبدأ الصحة، وأما مخالفتها لمذهب الحنفية فلأنهم يقولون ببطلان الوصية لمن لا يحصى إذا لم يكن اللفظ مشعرا بالحاجة، ولا يقولون بصحتها وصرفها للمحتاجين[1].

وأما بالنسبة للمستحقين لها فهناك اتفاق من المالكية على أنها لمن حضر القسم ممن شمله لفظها، فإذا كانت للفقراء أو المجاهدين أو العلماء مثلا فهي لمن كان موجودا بهذه الصفة يوم قسم الوصية، ولو كان غير موجود يوم الوصية، أو يوم وفاة الموصي، لأن العبرة بيوم القسم، ومن مات قبل القسم فلا شيء له، ولو كان موجودا يوم الوصية، ويوم وفاة الموصي، أو كتب اسمه في قائمة المستحقين ثم مات، أو زال عنه وصف الاستحقاق، ولا شيء لوارثه[2].

وقال الشافعية: هي لمن يشمله لفظها يوم وفاة الموصي، لا يوم الوصية، ولذلك قالوا فيمن أوصى للعلماء: هي لمن اتصف بالعلم يوم الموت لا يوم الوصية[3].

وقال الحنفية يختص بها المحتاجون من أهلها[4]، ووافق الشافعية على اشتراط الفقر في الصيغ المشعرة بالحاجة على الصحيح عندهم، مثل الوصية لليتامى، أو الأرامل، أو الأيامى، أو العميان أو الزمنى أو أهل السجون، أو الحجاج أو تكفين الموتى أو حفر قبورهم[5].

---

1 - راجع بدائع الصنائع 342/7. الفتاوي الهندية 121/6 – 113 – الفتاوي الخانية 438/6 – 410.

2 - انظر المدونة 316/4.

3 - راجع نهاية المحتاج 76/6.

4 - الفتاوى الهندية 180/6. بدائع الصنائع 343/7.

5 - نهاية المحتاج 78/6

وأما كيفية توزيعها على أهلها فإن هناك اتفاقا على أنه لا يجب تعميمهم، ولا تجب التسوية بينهم[1]، إلا أن هناك اختلافا في أقل عدد يجب توزيعها عليه، وفي أقل مبلغ يعطاه.

فقال المالكية الامر موكول إلى اجتهاد المكلف بتوزيع الوصية، من غير تحديد، فله أن يعطيها لواحد، أو أكثر[2].

وقال الحنابلة يجوز دفعها لواحد، إلا أن التعميم أفضل إن أمكن، ويدفع إليهم بقدر الحاجة، والبداية لأقارب الموصي[3].

وقال الشافعي في أحد قوليه وهو الأصح عندهم: اقل ما يجزئ ثلاثة فإن دفعها لأقل ضمن ما نقص، فإذا أعطاها لواحد ضمن حق اثنين، وإذا أعطاها لاثنين ضمن حق واحد، إلا أنه في الحالتين إنما يضمن أقل ما يصدق عليه اسم مال، لأنه أقل ما يجزئ دفعه لكل واحد[4]، ويستحب عندهم التعميم إذا أمكن، ثم ارحام الموصي ومحارمه، فمحارمه رضاعا، ثم جيرانه، ثم معارفه.

وقال الحنفية: يجوز صرفها لواحد: وقيل لابد من اثنين[5].

ومنشأ الخلاف سببان: 1) – الاختلاف في أقل مسمى الجمع من جهة، 2) – والتعريف في نحو الفقراء هل هو للعموم أو للجنس، فمن رأى أن التعريف للجنس قال يجوز دفعها لواحد، ومن جعل التعريف للعموم ورأى أن أقل الجمع ثلاثة، قال لا يجزئ دفعها لأقل من ثلاثة، ومن قال أقل الجمع اثنان قال يجزئ دفعها لاثنين، ولا يجزئ دفعها لواحد.

وقد أخذ القانون المصري بمذهب الحنفية القائل بصرفها للمحتاجين فقط بالاجتهاد، حيث جاء في المادة 30 تصح الوصية لمن لا يحصون، ويختص بها المحتاجون

---

1 - انظر االزرقاني 186/8 – نهاية المحتاج 9/6 – المغني 125/6. المدونة 316/4.

2 - الزرقاني 186/8.

3 - المغني 125/6.

4 - نهاية المحتاج وحواشيه 79/6..

5 - البدائع 343/7 – الفتاوي الهندية 121/6.

منهم، ويترك أمر توزيعها بينهم لاجتهاد من له تنفيذ الوصية دون التقيد بالتعميم والمساواة، وهو ما ورد في القانون السوري حرفيا في المادة 233 الفقرة الأولى.

كما أن سكوت القانون المغربي يفسر بأخذه برأي مالك القائل بترك الأمر لاجتهاد المكلف بتوزيع الوصية، ولا يلزم تعميم الموصى لهم، ولا المساواة بينهم، كما لا يلزم قصرها على المحتاجين وحدهم، إذا كان اللفظ عاما فيهم وفي غيرهم، مثل الوصية للعلماء والمجاهدين وشباب المدينة ونحو ذلك.

المطلب الرابع:

في كونه أهلا لتملك الموصى به

يعتبر هذا الشرط من الشروط المتفق عليها مبدئيا، إلا أن المالكية يقولون: يكفي أن يكون أهلا للتملك حقيقة أو حكما، حالا أو مالا[1]. والشافعية يشترطون أن يكون أهلا لذلك وقت الوصية حقيقة، إذا كان الموصى له غير جهة[2]، كما اشترط بعضهم أهلية الملك حقيقة، ولم يفرق بين الإنسان وغيره[3]، وأهلية الملك تتضمن الإنسانية والحياة، وعدم وجود مانع شرعي من امتلاك الموصى له[4].

ومن فروع هذا الشرط المترتبة على وجوده وعدمه، الوصية للميت، والمعدوم، والمجهول على رأي الحنفية، لأنهم جميعا ليسوا أهلا للملك وقد تقدمت.

كما أن من فروعه الوصية للجهة، والوصية للحيوان، والوصية للمسلم بما لا يجوز له تملكه، والوصية للكافر بما لا يجوز له تملكه، والوصية للعبد عند القائلين بأنه لا يملك لفقدان أهلية ملك الموصى به في الجميع ونتحدث في هذا المطلب عن الوصية للجهة والحيوان، والوصية للانسان بما لا يصح تملكه له، ونخصص لها ثلاثة فروع.

---

1 - الزرقاني 173/8 – البهجة 285/2.
2 - الشرقاوي 73/2. نهاية المحتاج 43/6.
3 - حاشية العدوى على الرسالة 193/2.
4 - انظر أحكام القرآن لابن العربي 399/1.

الفرع الأول في الوصية للجهة:

المقصود بالجهة كل مؤسسة ذات منفعة دينية، أو دنيوية، مثل المسجد، والجامعة، والمستشفى والقنطرة، والملجأ والمكتبة، وغير ذلك، وقد تكون هذه الجهة مشروعة، كما ذكر، كما قد تكون غير ذلك، كالكنيسة وأماكن اللهو والفجور، ونخصص هذا المطلب للجهة المشروعة واجبة أو مندوبة أو مباحة، ونقسمه إلى خمس مسائل، الأولى في مشروعية الوصية لها، والثانية في مصارفها، والثالثة في حكمها عند تعذرها، والرابعة في الجهة غير المعينة، والخامسة في تكييفها.

المسالة الأولى مشروعية الوصية لها وشروطها:

بالنسبة لمشروعيتها هناك ثلاثة أقوال في صحتها وبطلانها:

الأول أنها صحيحة مطلقا، سواء أوصى لها مباشرة أو أوصى لعمارتها، وهو المعروف في مذهب مالك، وقول محمد بن الحسن من أصحاب أبي حنيفة، وهو الأصح عند الشافعية[1]، وجازف بعضهم فادعى اتفاق الفقهاء عليه[2]، وليس كما قال.

والقول الثاني أنها باطلة وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف وبعض المالكية[3].

والثالث الصحة إن أوصى لعمارتها، والبطلان إن أوصى لها مباشرة، ولم يقل لعمارتها[4].

حجة القول بالبطلان أن الوصية تمليك، وهذه الجهات فاقدة أهلية التملك لجمادها، فلا تصح الوصية لها لتعذر الحكمة وهي التمليك. أخذا بقاعدة كل تصرف لا يحقق المقصود منه لا يجوز شرعه.

وحجة القول بالصحة أن المقصود بالوصية لهذه المؤسسات هم أهلها المستفيدون منها، والمستعملون لها، فالوصية لها وصية لهم في حقيقة الأمر، وهم من أهل الملك والتملك.

1 - انظر نهاية المحتاج 41/6. المغني 25/6. الزرقاني 178/8.
2 - الفقه الاسلامي وأدلته 61/8.
3 - انظر ابا الحسن على الرسالة 193/2. الفتاوي الهندية: 96/6-97.
4 - انظر الفتاوى الهندية 97/6- الفتاوى الخانية 437/6 . نهاية المحتاج: 47/6.

ووجه التفرقة أنه في حالة الوصية لها مباشرة ينصرف اللفظ إلى التمليك الذي يدل عليه اللام في قوله أوصيت بثلثي للمسجد، بخلاف الوصية لعمارتها، فإنها لا تقتضي التمليك، وليست وصية به بل بالانفاق على عمارتها.

ولعل الخلاف راجع إلى الخلاف في المعتبر في الوصايا عند تعارض اللفظ والقصد، فإن اللفظ يفيد التمليك، والموصي لا يقصده، لأنه يعرف أنه هذه الجهات لا تملك، والصحيح مراعاة القصد دون اللفظ، وبه العمل، فتصح الوصية لهذه الجهات.

ويبرر بعض المتأخرين صحة الوصية لها بأنها ذات شخصية معنوية، صالحة للامتلاك والتملك[1]، إلا أن هذا الرأي لا يساير الفقه الإسلامي، الذي يشترط في أهلية الملك الإنسانية والحياة، كما أن نظرية الشخصية المعنوية في حد ذاتها محل جدل لا حاجة لإقحامها هنا.

وأما بالنسبة لشروطها فإن شرط صحة الوصية لها عند الشافعية أن تكون موجودة قائمة الذات، أو تابعة لما هو موجود حين الوصية، بناء على أصلهم في اشتراط وجود الموصى له وقت الوصية، إلا أن يكون تبعا لما هو موجود[2].

ومذهب مالك أنه لا يشترط وجودها. وبه أخذ القانون المغربي في الفصل 207 القائل: تصح الوصية لجهة معينة من جهات البر ينتظر وجودها. كما أخذ به القانون السوري في مادته 214 – والقانون المصري في مادته 8. واختلف المالكية في نقطتين من هذه المسالة.

1 – إذا كانت في البلد عدة مؤسسات فأوصى لها دون تعيين، كالوصية لمساجد فاس، أو البيضاء أو مدارسهما. مثلا، هل توزع الوصية على جميع المؤسسات، أو تختص بالمؤسسات المشهورة، فأفتى بعضهم بتعميمها، وأفتى آخرون بقصرها على المؤسسات المشهورة، ولا شيء فيها لغيرها[3].

---

1 - أحكام الوصية لفراج ص 124 بالهامش.

2 - نهاية المحتاج 43/6 – 47.

3 - المعيار 239/7.

والمسألة مفروضة عندهم فيمن أوصى لمسجد سماه، وسبب الخلاف احتمال الإضافة للعهد، والمعهود تلك المساجد المشهورة، إذ غيرها ربما لا يخطر ببال الموصي حين الوصية. كما تحتمل أن تكون الإضافة للعموم فتعم الجميع، والأول أصح وأوفق بالقواعد الأصولية- أ- أن الجمع المعرف بالإضافة للعموم ما لم يتحقق عهد، ولا يكفي مجرد احتمال العهد – ب – أن العام محمول على عمومه حتى يرد ما يخصصه – ج – أن الصورة النادرة وغير المقصودة داخلة في العموم.

2 – إذا كان في البلد جهة من الجهات، فأوصى لتلك الجهة دون تعيينها بالشخص، ثم حدثت بعدها مثيلاتها، كالوصية لمسجد فاس، أو جامعة فاس، ثم حدثت أخرى، وقد اختلف فيها على قولين: الأول اختصاص الجهة الموجودة بالوصية دون الطارئة، والثاني استواء القديمة والحادثة في استحقاقها[1]. وهو الأصح أيضا بناء على قاعدة: عموم الأشخاص يستلزم عموم الأزمان.

واتفق المالكية على أنه إذا سمي جهة بعينها مسجد أو جامعة مثلا فإنها تختص بالوصية، ولا يشاركها فيها غيرها مما يسمى باسمها مما هو موجود وقت الوصية، ومما يأتي أو يحدث بعدها[2].

المسالة الثانية فيما تصرف فيه:

الأصل العام في الوصايا أنه يجب تنفيذها وفق رغبة الموصي، وحسب شروطه، لانها بعض وصيته. والمسلمون على شروطهم، والوصية يحرم تبديلها.

ولذلك فإن عين الموصي ما تصرف فيه وصيته لهذه الجهات وجب الوقوف مع شرطه، ولا يجوز مخالفته. وإن لم يعين ما تصرف فيه فإنها تصرف فيما جرى العرف بصرفها فيها، من مصالحه، تطبيقا لقاعدة: العرف كالشرط، والعادة محكمة...إلا أن يكون شرطا حراما فيبطل. كما أفتى المالكية فيمن أوصى بماله أن يشترى به قنديل من ذهب يعلق في الروضة النبوية[3].

---

1 - نفس المرجع: 339/7.
2 - نفس المرجع: 399/9.
3 - انظر الزرقاني 178/8.

أما إذا لم يكن نص، ولا عرف فإنها تصرف في مصالح الجهة الموصى لها: الأهم، فالأهم باجتهاد المسؤول عن تنفيذ الوصية، أو ناظر المسجد، أو المشرف على المؤسسة من ترميم، وإنارة، وتجهيز، وغير ذلك من المصالح[1].

وقد أخذ القانون المغربي بهذا الحكم في الفصل 206 – الذي يقول: الوصية للأماكن العبادة، والمؤسسات الخيرية، والعلمية، وسائر المصالح العامة تصرف على عمارتها، ومصالحها وفقرائها، وغير ذلك من شؤونها.

إلا أنه فاته التنبيه على وجوب مراعاة شرط الموصي أولا. ثم العرف ثانيا. كما فاته التنبيه على تقديم الأهم فالأهم، وقد سلم القانون المصري، والسوري من الملاحظتين الأوليتين، حين أكدا على مراعاة الشرط، والعرف أولا، حيث جاء في المادة (7 مصري) والمادة (213 سوري) تصرف على عمارتها، ومصالحها، وفقرائها، وغير ذلك من شؤونها ما لم يتعين المصرف.

واختلف الفقهاء إذ زادت الوصية على حاجة الجهة الموصى لها، فقيل يصرف ما استغنى عنه في القائمين على الجهة من أئمة، ومؤذنين ونحوهما، بحسب الجهة. وقال ابن حبيب يصرف في الجهات المثيلات[2]. وقال الشافعية، يحتفظ به، ويدخر لوقت الحاجة في المستقبل. وان استغني عنه حاضرا، ومستقبلا بطلت الوصية فيما زاد على الحاجة، ورد للورثة[3].

والأول أصح لأن في إبطال الوصية حرمانا للموصي من ثواب وصيته، وتحقيق رغبته في الإحسان لمن أحس إليه، وتبديلا للوصية. وذلك لا يجوز.

المسالة الثالثة في حكم الوصية عند تعذر وجود الجهة.

المشهور والمعمل به كما سبق صحة الوصية للجهة المشروعة، كانت موجودة، أو ستوجد استقبالا وتبعا، إلا أنه اختلف إذا تعذر وجود الجهة الموصى لها، فقيل تبطل اتفاقا. لعدم الموصى له الذي هو ركن من أركان الوصية، والركن يلزم من عدمه العدم.

---

1 - نهاية المحتاج 47/6 – الفتاوي الهندية 97/6.

2 - انظر الزرقاني 178/8 – المعيار 399/9- 64/7.

3 - نهاية المحتاج وحواشيه 47/6.

وسئل ابن زرب عن رجل أوصى ببناء مسجد في أرض، فسبقه آخر فبناه في حياته، وبقيت الوصية على حالها، فقال لم يحضرني جواب[1]. ونقل ابن عرفة أنه إذا تعطل المصرف فتصرف في مثله[2]. وبه أخذ القانون المغربي في الفصل 207 – حيث يقول: تصح الوصية لجهة معينة من جهات البر ينتظر وجودها، فإن تعذر وجودها صرفت الوصية إلى أقرب مجانس لتلك الجهة، كما أخذ به القانون السوري أيضا في مادته 214 التي جاءت صياغتها كصياغة القانون المغربي. إلا ما كان من جملة ينتظر وجوده التي استبدلها بعبارة ستوجد في المستقبل.

في حين أخذ القانون المصري (م8) بالرأي القائل: ببطلان الوصية إذا تعذر وجود الجهة المعينة، حيث يقول: تصح الوصية لجهة معينة من جهات البر ستوجد مستقبلا . فإن تعذر وجودها بطلت الوصية. وهذا القول أجري على الأصول والقياس وشروط العقد.

أما الأصول فإن القاعدة أن فقدان الركن يترتب عليه بطلان العقد وفساده. وأما القياس فإن الإجماع منعقد على أن من أوصى لابن فلان فلم يولد له حتى مات أن الوصية باطلة. وتعود للورثة لعدم المستحق الموصى له، وكذلك يجب أن يكون الأمر هنا إذا لم توجد الجهة المعينة بطلت الوصية، وأما الثالث فإن صرف الوصية لجهة غير التي سماها يعتبر مخالفة للوصية وتبديلا لها، وذلك كله لا يجوز، لقوله تعالى: ﴿**فمن بدله بعدما سمعه فإنما إثمه على الذين يبدلونه**﴾[3]. وقوله عليه الصلاة والسلام: "المسلمون عند شروطهم"[4].

إلا أنه رغم قوة هذا القول فإن الأول له ما يرجحه، وهو مراعاة قصد الموصي، فإن الغالب على الموصي في مثل هذه الحالة الحرص على تنفيذ وصيته. وتعيين تلك الجهة ليس ضروريا عنده. وإنما هو اختيار منه للموصى له، حتى لو علم، أو تحقق من عدم وجود تلك الجهة الموصى لها لا وصى لجهة أخرى. رغبة منه في الثواب والأجر، بأي وجه كان. ومن القواعد المعمول بها في الوصايا تقديم القصد على اللفظ عند تعارضهما.

---

1 - المعيار 65/7.

2 - نفس المرجع 133/7.

3 - من الآية 181 البقرة

4 - سبق تخريجه

وقد حبس أبو الحسن المريني كتبا على مدرسة ابتناها بالقيروان، وأخرى بتونس، وجعل مستقرها بيتا بجامع الزيتونة بها، فلما يئس من تمامها قسمت الكتب على مدارس تونس[1]. وهو أحسن سند لما أخذ به القانون المغربي والسوري، لأن الوصية والحبس من باب واحد كما يقال.

المسألة الرابعة في الوصية للجهة غير المعينة.

الجهة غير المعينة هي الجهة التي لم يذكرها الموصي بالإسم الخاص بها، واكتفى في وصيته بما هو أهم، مثل الوصية بثلثه في سبيل الله، أو في أبواب الخير، وهي وصية اختل فيها شرط العلم، وأهلية التملك والجمهور أنها وصية صحيحة، وتصرف في أبواب الخير من غير تعيين.

وعن أحمد فيمن أوصى بثلثه في أبواب الخير أنه يجزأ ثلاثة أجزاء: جزء في الجهاد، وجزء يتصدق به، وجزء في الحج.

وكأنه رأى أن لفظ أبواب جمع، وأقل الجمع ثلاثة. فلذلك جزأها ثلاثة أجزاء. واختار الجهاد، والحج، وصلة الرحم، لأنها أهم أبواب الخير، فاكتفى بها عن غيرها.

ومع ذلك فالصواب عدم التحديد بجهة معينة، ولا بمقدار محدد لكل جهة، لأن اللفظ عام. والعام محمول على عمومه، ولا يجوز تخصيصه بغير دليل. وقد يكون غير هذه الجهات أهم منها[2].

وقد أخذ القانون المغربي والمصري والسوري بالرأي القائل بصحة الوصية لجهة غير معينة وصرفها في وجوه البر دون تعيين، حسب الفصل 205 – من القانون المغربي والمادة (7 ق مصري) والمادة (212 قانون سوري).

المسألة الخامسة في تكييف الوصية للجهة.

الوصية عقد يوجب حقا... وهذا الحق قد يكون عينا. وقد يكون منفعة بحسب نص الموصي في وصيته، فإذا أوصى بمنفعة شيء لجهة من الجهات المعينة. أو غير المعينة

---

1 - المعيار 335/7.

2 - انظر المغني 127/6.

علـى جهة التأبيد كان ذلك حبسا عليها، يجري مجرى الأحباس. تصرف غلته في مصالح الجهة، وتوقف عينه لا تباع، على قاعدة الأحباس، لا يجوز بيعها على المشهور في مذهب مالك.

وإن أوصى لها بعين الشيء ورقبته كانت وصية تمليك، فتباع العين الموصى بها، ويصرف ثمنها في الوجوه السابقة[1].

أمـا إذا لم يصـرح الموصي بقصده الذي قصده بوصيته لهذه الجهات، فإنه يراعى لفـظ الوصية فتحمل على الحبس إذا تلفظ به، حملا للفظ على حقيقته. كما تحمل على تمليك العين إذا أطلق في لفظ وصيته حملا للفظ على ظاهره[2].

أمـا إذا قـال هي صدقة على المسجد أو المدرسة مثلا فإنها تحمل على الحبس. وإن كانت الصدقة حقيقة في تمليك الذات، إلا أن هذه الحقيقة عارضها عرف متقرر. وهو إرادة الـناس بالصدقة على المساجد التحبيس عليها، والحقيقة العرفية مقدمة على الحقيقة اللغويـة، وإن أمكـن استفســار الشهود فإنه يعمل بقولهم[3]. وإذا كان القانون المغربي لم يشر إلى هذه الأحكام فإنه يعتبر قائلا بها، عملا بمقتضى الفصل 216 الذي أحال على الراجح والمشهور والمعمول به في مذهب مالك.

الفرع الثاني في الوصية للدواب والحيوان:

عـرف المسلمون هذا النوع من الوصايا أولا في الخيل المحبسة في الجهاد في سبيل اللـه، فكـان الواحـد مـنهم يحـبس الفـرس في سبيل الله، أو يوصي به في ذلك، وبعضهم الآخـر يوصـي بنفقة ذلك الفرس وعلفه، حماية له من الضياع، ومساعدة للمجاهدين في أعلاف أفراسهم، التي كانت بمثابة الدبابات والطائرات، وكان علفها بمثابة الوقود.

ويعـرف العـالم الغـربي في العصر الحاضر هذا النوع من الوصايا في وصايا المرء بثروته لكلابه، أو قططه، أو حديقة الحيوان.

1 - المعيار 517/9
2 - المعيار 485/9 - النوازل الصغرى 245/4.
3 - المعيار 51/7 – 52 – 23 – الدسوقي 426/4.

وقد عالج الفقه الإسلامي هذه الوصايا رغم ندرتها وغرابتها. واختلفت فيها مذاهب الفقهاء وأقوالهم. فقد اختلفوا في مشروعيتها. وفي اشتراط القبول فيها. وفي جهة صرفها، ومن يتولى صرفها، وفي حالة وفاة الدابة أو بيعها.

بالنسبة لمشروعيتها واشتراط القبول فيها هناك مذاهب.

أولا مذهب المالكية منع الوصية للحيوان وبطلانها، لعدم أهليته للتملك.

ومذهب الحنفية التفصيل بحسب صيغة الوصية، فإذا قال في وصيته أوصيت لهذه الدابة، أو لدابة فلان بطلت الوصية.

وإذا قال أوصيت بهذا الشيء لعلف دابة فلان، أو لينفق عليها صحت الوصية، ولا يشترط قبول رب الدابة[1].

والفرق بين هذه الصيغ أنه إذا قال: أوصيت للدابة تكون الوصية للدابة نفسها لدخول لام الملك عليها المفيدة للملك، وهي لا تملك فتبطل الوصية. ولو قصد الموصي بوصيته مالكها، أو انفاق ذلك عليها بناء على أن العبرة باللفظ، لا بالقصد. بخلاف ما لو قال: أوصيت بهذا لعلف الدابة، أو لينفق عليها فإن هذه اللام لا تفيد الملك، لأنها لام التعليل، أو بيان المصرف فتصح الوصية.

وفصل الشافعية تفصيلا آخر، راعوا فيه قصد الموصي عند وجوده. فأجازوها إذا قصد علفها، كما أجازوها إذا قال: ليصرف عليها. عملا بنيته في الأولى، استنادا لحديث (إنما الأعمال بالنيات) وبلفظه في الثانية، حملا للفظ على ظاهره؟

وأبطلوها إذا قصد تمليكها، أو أطلق ولم يقصد شيئا، لأن اللفظ محمول على ظاهره، وهو يفيد التمليك فلا تصح.

وإن مات الموصي رجع لوارثه، فإن قال: أراد العلف صحت، وإلا حلف وبطلت، وفي حالة صحتها في الجميع يشترط قبول رب الدابة عندهم، لأن الوصية في حقيقة الأمر راجعة إليه، وهو المستفيد منها لاستغنائه بها عن نفقة دابته الواجبة عليه[2].

---

[1] - راجع الفتاوي الهندية 91/6 الفقه على المذاهب الأربعة 318/3.

[2] - راجع نهاية المحتاج 46/6

وقال الحنابلة الوصية صحيحة. ويشترط قبول مالكها للوصية[1].

2 – وبالنسبة لما تصرف فيه هذه الوصية فإن هناك اتفاقا بين القائلين بصحتها مطلقا، أو عند وجود شرطها على وجوب إنفاقها على الدابة الموصى لها بها، وصرفها في علفها. وقوفا مع لفظ الموصي[2]. وزاد الشافعية إلا أن تقوم قرينة ظاهرة على قصد مالكها، وأن ذكر الدابة في الوصية على جهة الاستطراف، فتكون الوصية ملكا له، يتصرف فيها كيف يشاء. ولا يلزمه صرفها على الدابة، مراعاة لقصد الموصي، وترجيحا للنية على اللفظ[3]. أخذا بحديث (إنما الأعمال بالنيات).

3 – وبالنسبة لمن يتولى الإنفاق فإن ذلك موكول إلى الوصي، أو الحاكم والمسؤولين عن تنفيذ الوصية. دون مالك الدابة. فإنه لا حق له في ذلك عند الشافعية، ومن وافقهم في القول بصحتها. على قاعدة الوصايا، فإن تنفيذها موكول إلى من يعينه الموصي، أو الحاكم دون الموصى له[4].

4 – وبالنسبة لوفاة الدابة، أو بيعها. فإن هناك خلافا بين الشافعية والحنفية[5]. قال الحنفية والحنابلة تبطل الوصية بموت الدابة، ويرجع الموصى به أو ما بقي منه لورثة الميت، كالوصية بالنفقة على إنسان، فإنها تبطل بموته، وقال الشافعية الوصية لرب الدابة في حال موتها.

وفي حالة البيع قال الحنفية: البيع لا يصح.

وقال الشافعية: البيع صحيح، وتنتقل الوصية للمشتري بانتقال الدابة له، ولهم قول آخر تبقى للبائع، وقول ثالث بالتفصيل، فإن باعها قبل موت الموصي فهي للمشتري، وإن باعها بعده فهي للبائع.

---

[1] - المغني 160/6. الفقه الإسلامي وأدلته 36/8 – الفقه على المذاهب الأربعة 325/3.

[2] - انظر المراجع السابقة.

[3] - راجع نهاية المحتاج وحواشيه 46/6.

[4] - نفس المرجع

[5] - انظر الفقه على المذاهب الأربعة 323/3-325 . نهاية المحتاج 46/6 المغني 160/6 – الفتاوي الهندية: 91/6.

الفرع الثالث: في الوصية للكافر أو المسلم بما لا يصح تملكها:

الموصى له في هذه يتمنع بأهلية الملك. إلا أن به مانعا شرعيا يمنعه من تملك الموصى له به، مثل الوصية للكافر بالمصحف، وكتب الحديث وعلوم الشرع، والوصية للمسلم بخمر أو خنزير أو ميتة. والوصية لمحرم بالحج أو العمرة بصيد البر. فإن هذه الوصايا كلها باطلة لا تصح[1]. لكن الكافر وإن كان أهلا للملك، إلا أنه ليس أهلا لتملك المصحف، وما ذكر معه، لحديث ابن عمر رضي الله عنه (نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يسافر بالقرآن إلى أرض العدو) قال مالك: أراه مخافة أن يناله العدو[2]. والحق العلماء بالمصحف كتب الحديث وعلوم الشرع.

وكذلك المسلم بالنسبة للخمر وما معها. فإنه لا يصح تملكه لها شرعا، وإن كان أهلا للتملك، كما أن المحرم كذلك بالنسبة لصيد البر. فإنه لا يصح تملكه له. ولذلك يجب عليه إرساله إذا كان معه.

والسر في بطلان هذه الوصايا أن الوصية تمليك. فإذا كان الموصى له لا يملك لم تكن فائدة في الوصية له، فلا يجوز شرعها. آخذا بقاعدة: كل تصرف لا يترتب عليه أثره لا يجوز شرعه[3].

---

1 - راجع الزرقاني 136/8

2 - رواه أبو داود 36/3.

3 - الفروق للقرافي 135/3. قواعد الأحكام لابن عبد السلام : 143/2.

المطلب الخامس:

في كونه غير جهة معصية

الجهة كما سبق قسمان: جهة مشروعة، وجهة غير مشروعة، وهذا المطلب نخصصه للجهة غير المشروعة، بعدما خصصنا المطلب الذي قبله للجهة المشروعة، وهي إما محرمة، وإما مكروهة.

الفرع الأول الجهة المحرمة:

اتفق الفقهاء على أنه من شرط الموصى له أن لا يكون جهة معصية، فإن كان جهة معصية لم تصح الوصية لها.

أولا، لأن الوصية شرعت للتقرب إلى الله تعالى، كما دلت على ذلك الأحاديث السابقة، والله تعالى لا يتقرب إليه بمعصية، ولا يعبد بحرام، فلا يتحقق مقصود الموصي بوصيته. فلا فائدة من شرعها، كما قلناه أكثر من مرة.

وثانيا لأن الوصية لجهة المعصية إعانة عليها، وقد نهى الله عن التعاون على المعاصي، في قوله سبحانه: ﴿**ولا تعاونوا على الإثم والعدوان**﴾[1].

وهذا شيء متفق عليه، إلا أنهم اختلفوا بعد هذا في المقياس المعتبر في كون الجهة معصية لا تصح الوصية لها على قولين:

الأول: أن المعتبر في ذلك الشريعة الإسلامية وحدها، كان الموصي مسلما، أو كافرا، فيحرم على الكافر ما يحرم على المسلم من الوصية بما حرمه الإسلام، وإن كان قربة في دينه، كالوصية ببناء الكنائس وعمارتها، وإصلاحها، والإنفاق عليها، أو على تعليم أو تعلم، أو نشر، أو طبع الكتب المحظورة شرعا. مثل التوراة، والإنجيل وشرائع اليهود، والنصارى والملاحدة، وقوانينها، وإنشاء الجمعيات الضالة، والأندية المحرمة ودور الفسق، وغير ذلك مما حرمه الله ورسوله، كان الموصي مسلما أو كافرا، وبهذا

---

[1] - من الآية 2 المائدة.

يقول الشافعية والحنابلة وأبو يوسف ومحمد صاحبا أبي حنيفة[1]. بناء على أن الكفار مخاطبون بفروع الشريعة.

القول الثاني وهو قول للحنفية أن المعتبر شريعة الموصي وعقيدته. فإذا كان الموصي مسلما بطلت وصيته بما هو محرم في الإسلام. كان محرما في الشرائع الأخرى أم لا، تمسكا بشريعته.

وإن كان كافرا بطلت وصيته بما هو معصية في شريعته. كانت معصية في الشريعة الإسلامية أم لا. فلا تصح وصيته ببناء مساجد للمسلمين، والإنفاق عليها، وطبع مصاحفهم والحج، وغير ذلك مما هو حرام في شريعته، وإن كان قربة في الشريعة الإسلامية، لأنهم لا يتقربون بذلك فيما بينهم، فكانت وصيتهم بها من قبيل الاستهزاء لا قربة فيها، والوصية يبطلها الهزل[2]. ووافق المالكية الحنفية في مراعاة دين الموصي وشريعته، حيث أجازوا وصية الكافر لكنيسته في حدود ثلثه، كما أجازوا وصيته بالخمر والخنزير لكافر مثله، لموافقته لشريعته. إلا أنهم ترددوا في الحكم بها، ونفاذها إذا ترافعوا إلى القضاء الإسلامي[3]. والأظهر عدم الحكم لهم بذلك، لعموم قوله تعالى: ﴿**وأن أحكم بينهم بما أنزل الله**﴾[4]. فمفهومه أن ما لم ينزله الله لا يحكم به بينهم.

أما وصيتهم لمسجد المسلمين ونحوه من القرب الدينية، فإنها لا تصح منهم، قياسا على وقفهم عليها في حياتهم، فقد رد مالك دينار نصرانية بعثت به إلى الكعبة[5]. وأخذه ابن القطان من حديث (إنا لا نستعين بمشرك[6].) وهو عام في جميع أنواع الإعانات. إلا أن بعض المالكية استثنى من ذلك القرب الدنيوية، فأجاز تحبيسهم عليها، وتردد ابن عرفة في ذلك[7]. إلا أن الاستدلال بعموم الحديث يضعفه حديث (إنا لا

---

1 - راجع المغني 105/6. – نهاية المحتاج 42/6. المحلى: 327/9 – الخرشي 83/5.

2 - انظر بدائع الصنائع 341/7.

3 - الزرقاني 175/8 – الذخيرة 35/7.

4 - من الآية 49 المائدة

5 - الخرشي 87/5.

6 - رواه مسلم بلفظ [لن استعين] نيل الاوطار 223/7.

7 - انظر المعيار 65/7 والخرشي وحواشيه 87/5.

نستعين بالمشركين علي المشركين)، فهذا خاص، والخاص مقدم على العام، وهي زيادة، وزيادة الثقة مقبولة.

ومن الوصية لجهة المعصية أو مثلها الوصية لغير معينين من أهل المعاصي، كالوصية للمغنيات والنائحات والمتعريات، وناشري الفتن، ولمن يقتل مسلما دون تسميتهم بأسمائهم، أو لمعين ذكره بصفته المحرمة أو البدعية، مثل الوصية لفلانة الراقصة، وفلان الكاهن ونحو ذلك، لأن الوصية في الحالتين وإن كانت في ظاهر اللفظ من قبيل الوصية للأشخاص لا للجهة، إلا أنها في حقيقة الأمر وصية للجهة، للقاعدة الأصولية أن تعليق الحكم بمشتق يؤذن بعلية ما منه الاشتقاق، فإذا قال أوصيت للمغنية فلانة، أو للساحرة فلانة، أو فلان السكير فكأنه قال: أوصيت للغناء والسحر والسكر، وهي جهات معصية تبطل الوصية لها بخلاف الوصية لمعين فاسق دون الاشارة لصفة فسقه، فإنها تصح ولوكان في باطن الأمر من أهل الفسوق والعصيان، مثل الوصية لابن عمه فلان. أو صديقه فلان، أو جارته فلانة. فإنها تصح ولو كانوا من أهل الفسق. لأن الوصية تعلقت بأسمائهم دون صفاتهم. فكانت المعصية عديمة التأثير في الوصية، بخلاف الأولى فالمعصية علة مؤثرة فيها[1]. والأصل في هذا حديث البخاري وغيره (في الذي تصدق على امرأة فإذا هي زانية، وتصدق على رجل فإذا هو سارق، فتقبل الله صدقته[2]). لأنه تصدق على المرأة بصفتها امرأة، وتصدق على الرجل بصفته رجلا ، ولم يتصدق عليهما بصفة الزنا والسرقة، والوصية مثل العطية في الحياة.

ولهذا يقول الشافعية وغيرهم المضر هو ذكر المعصية في الوصية، لا ما يقارنها، أو يستلزمها فإنه لا يضر، ولا تبطل به الوصية. لأنه لا تأثير له فيها[3].

الفرع الثاني الوصية لجهة مكروهة غير محرمة:

اختلف الفقهاء في الوصية لجهة مكروهة غير محرمة، كالوصية لمن يقرؤون القرآن جماعة، أو يذكرون الله كذلك عند القائلين بكراهة ذلك.

---

[1] - راجع نهاية المحتاج وحواشيه 48/6 الشرقاوي 77/2 مجموع فتاوى ابن تيمية 31/31.

[2] - رواه البخاري الفتح 290/3.

[3] - نهاية المحتاج 78/6.

فقال الشافعية ببطلان الوصية للجهة المكروهة[1]. وقال المالكية بصحتها وإن اختلفوا في وجوب تنفيذها، كالوصية بالحج عنه والأضحية عنه[2].

وسبب الخلاف هل نهي الكراهة يدل على فساد المنهي عنه أولا فمن رآه يدل على الفساد قال ببطلان الوصية للجهة المكروهة، ومن رآه لايدل على الفساد قال بصحتها.

وهناك سبب آخر وهو هل الأمر يتناول المكروه أم لا؟ فمن قال يتناوله قال بصحتها، لأن الله أمر بالوصية وهو يتناول المكروه. والأمر بالشيء يقتضي صحته إذا فعل كما أمر به[3].

المطلب السادس:

في كونه مسلما

هذا الشرط فيه تفصيل وخلاف. كما سنراه من استعراض أقوال الفقهاء في الوصية للكفار على اختلاف أحوالهم، وإن كان الكثير صرح بأنه غير شرط، مما حمل بعضهم على العدول عن اشتراط الإسلام إلى اشتراط أن لا يكون حربيا.

وكما سبق في الموصي فإن الكفار أربعة: ذمي، ومعاهد، ومرتد، وحربي، نخصص لكل واحد منهم فرعا.

الفرع الأول في الوصية للذمي:

اختلف الفقهاء في الوصية للذمي، فأجازها أكثر الفقهاء مطلقا، كان الموصي له مسلما أو ذميا، كان قريبا للموصي أو أجنبيا عنه. قال ابن حزم، وابن عبد البر : لا خلاف في ذلك[4].

---

1 - نفس المرجع 41/6.

2 - الخرشي 432/5.

3 - راجع المحلي 94/1 – 208 – 203.

4 - راجع المحلى 322/9 – التمهيد 300/14 – الفتاوي الهندية 96/6 – نهاية المحتاج: 48/6 – المغني: 103/6.

واختلف قول مالك بالجواز والكراهة، وقال ابن القاسم بجوازها إذا كانت على وجه الصلة، كما لو كان أبوه كافرا. وبه قيد ابن رشد قول أشهب بالجواز. إذا كان هناك سبب من جوار، أو مكافأة على يد له. وأما إذا لم يكن لذلك سبب فالوصية للذمي محظورة: إذ لا يوصي للكافر من غير سبب ويترك المسلم إلا مسلم سوء[1].

وقد احتج القائلون بالجواز بالكتاب والسنة والاثر والقياس.

أما الكتاب فهناك

1 – عموم قوله تعالى: ﴿**الوصية للوالدين والاقربين**[2]﴾. فإنها تشمل الوالدين والاقربين الكافرين.

---

[1] - انظر الزرقاني وبناني 178/8.

[2] - من الآية 280 البقرة

2 – إطلاق قوله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصي بها أو دين﴾[1]. فإنها صادقة بالوصية للكافر والمسلم.

3 – قوله تعالى: ﴿وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله من المومنين والمهاجرين إلا أن تفعلوا إلى أوليائكم معروفا﴾[2]. قال ابن الحنيفة وعطاء، وقتادة: هي وصية المسلم لليهودي والنصراني[3].

4 – قوله تعالى: ﴿ لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا إليهم﴾[4]. وهذا عام في الأقارب والأجانب. وإن كان سبب النزول خاصا في الأقارب، فإن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب.

وأما السنة فعموم الحديث (في كل ذي كبد رطبة أجر[5].) بالإضافة إلى عموم وإطلاق أحاديث الوصية[6].

وأما الأثر فما روي عن صفية زوجة النبي صلى الله عليه وسلم أنها أوصت لأخ لها يهودي.

وأما القياس فهما قياسان: الأول قياس الذمي على المسلم، والثاني قياس الوصية على الهبة بجامع أن كلا تبرع بمال... فإذا جازت الهبة له في الحياة جازت الوصية له بعد الوفاة، إلا أنها أدلة يبقى للنظر فيها مجال:

أما آية الممتحنة لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم. فقد قال جماعة هي منسوخة بآية السيف. (فاقتلوا المشركين[7].) وقال آخرون هي مخصوصة في حلفاء النبي صلى الله عليه وسلم، ولا تشمل غيرهم، وقال آخرون: هذا الحكم كان لعلة الصلح، فلما زال الصلح زال معه هذا الحكم ونسخ[8].

---

1 - من الآية 11 النساء

2 - من الآية 6 الأحزاب

3 - انظر المغني 103/6 الجامع لاحكام القرآن 84/14.

4 - من الآية 8 الممتحنة.

5 - رواه البخاري انظر المحلى 322/9 – الفتح 438/10.

6 - انظر المحلى 322/9.

7 - من الآية 5 التوبة

8 - انظر الجامع لأحكام القرآن 40/18.

وأما آية البقرة فهي خاصة بذوي الرحم. فلا يصح الاحتجاج بها في غيرهم. كما أن آية الأحزاب: ﴿**وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض**﴾ يرد الاحتجاج بها من وجهين.

الأول: أنها خاصة بالأولياء والأقارب، فلا تشمل الأجانب، والثاني أنها لا تشمل الكافر أصلا. لقوله تعالى: "إلى أوليائكم) ولا ولاية بين مسلم وكافر بنص القرآن ﴿**إنما وليكم الله ورسوله والذين آمنوا الذين يقيمون الصلاة ويوتون الزكاة وهم راكعون**﴾[1].وقوله: ﴿**لا تتخذوا آباءكم وإخوانكم أولياء إن استحبوا الكفر على الإيمان**﴾[2].

ولهذا قال مجاهد وزيد وغيرهما إن المراد بالأولياء خصوص المومنين، وعلق عليه القرطبي بأن لفظ الآية يعضد هذا المذهب[3].)

وأما إطلاق آية النساء فإن الآية جاءت في سياق الميراث لبيان وجوب تقديم الوصية على الإرث، ولم تسق لبيان من يوصى له، ومن لا يوصى له. وقد قال كثير من الأصوليين في العام والمطلق: أنه لا يصح الاحتجاج بهما في غير ما سيقا له[4]. كما يمكن أن يقال إن إطلاقها مقيد بما دلت عليه الأدلة من منع الوصية للذمي بغير سبب، وأما حديث (في كل ذي كبد رطبة أجر) فإن الأخذ بعمومه يقتضي جواز الوصية للدواب، والحربي، والمرتد، وهم لا يقولون بذلك فيجب تخصيصه.

وأما أثر صفية فهو أولا موقوف، وثانيا هو في الذمي القريب فلا يصح الاستدلال به على العموم. ولا يصح قياس الأجنبي على القريب لوجود الفارق بينهما وهو الرحم المأمور بوصلها.

---

[1] -من الآية 55 المائدة.

[2] - من الآية 3 التوبة

[3] - انظر الجامع الأحكام القرآن 84/14

[4] - انظر البحر المحيط 265/4 – 268.

وأما القياس فإن قياس الذمي على المسلم، وتسويته به يعكر عليه قوله تعالى: ﴿أفمن كان مومنا كمن كان فاسقا، لا يستوون﴾[1]. فهذا نفي لجميع أنواع المساواة بين الكافر والمسلم في الأحكام.

ولا يسوى بينهما إلا بدليل خاص، يخصص هذا العموم، ولا وجود له، فإن جميع ما سبق من الأدلة إنما هي عمومات لا تصلح أن تخصص هذا العام المؤكد: أفمن كان مومنا كمن كان فاسقا لا يستوون. نفي المساواة أولا على طريق الاستفهام الانكاري، ردا على من يتوهم تلك المساواة، ثم أكد ذلك بنفي المساواة في أي شيء، لأن حذف المعمول يوذن بالعموم، ولأن الفعل في قوة النكرة وهي تفيد العموم إذا دخل عليها النفي.

وأما قياس الوصية على الهبة فيرده.

أولا: أنه قياس على مختلف فيه، فإن العطية للكافر مختلف في جوازها بين العلماء، ولا يصح القياس على مختلف فيه.

وثانيا: هو قياس مع وجود الفارق. فإن العطية في الحياة فيها صلة الرحم، بينما الوصية عطية بعد الموت، لا يبعد أن يقال بعدمها للكافر، لأن الله تعالى يقول: ﴿وصاحبهما في الدنيا معروفا﴾[2]. والوصية معروف بعد فراق الدنيا.

وبهذا يظهر أن قول ابن القاسم بمنع الوصية للذمي لغير سبب هو الأقوى دليلا، والأولى نظرا. فإن المسلمين في حاجة إلى المال أكثر من حاجة الكافر إليه، ومساعدة المسلم أخاه المسلم بماله أفضل من بذله لكافر، وحرمان المسلم منه. وصدق ابن رشد في قوله: لا يوصي للكافر من غير سبب ويترك المسلم إلا مسلم سوء، مريض الإيمان، ويدل لهذا.

1 – حديث لا يأكل طعامه إلا تقي[3]. وإذا نهي عن إطعام غير التقي فإن إطعام الكافر أولى. والوصية إليه أولى بالنهي، وأحرى به من كل ذلك.

---

[1] - من الآية 18 السجدة

[2] - من الآية 15 لقمان.

[3] - رواه أبو داود والترمذي انظر سنن أبي داود 259/4. سنن الترمذي 27/4

2 – حديث لا تبدأوا اليهود والنصارى بالسلام[1]. وإذا نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن بدئهم بمجرد السلام فكيف يجوز بدؤهم بالهدايا والوصايا؟ وقد علل العلماء النهي عن بدئهم بالسلام بما في ذلك من الإشعار بتعظيمهم، وهذا جاز في الوصية إليهم، فان تخصيصهم بالمال، وتقديمه إليهم بدون مقابل أكثر تعظيما، وتقديرا من مجرد البدء بالتحية عند اللقاء.

3 – ما روى عن ابن عباس رضي الله عنه أن رجلا سأله فلم يعطه حتى امتحنه في دينه، وتأكد من إسلامه، روى الترمذي عن حصين قال: جاء سائل فسال ابن عباس، فقال ابن عباس للسائل: أتشهد أن لا إلاه إلا الله؟ قال: نعم، قال: أتشهد أن محمدا رسول الله؟ قال نعم، وتصوم رمضان؟ قال: نعم، قال: سألت، وللسائل حق. إنه لحق علينا أن نصلك، فأعطاه ثوبا[2].

4 – قوله تعالى: ﴿ **لا تجد قوما يومنون بالله واليوم الآخر يوادون من حاد الله ورسوله ولو كانوا آباءهم أو أبناءهم أو إخوانهم أو عشيرتهم**﴾[3]. والوصية نوع من المودة. أو تدعو إليها. كما قال صلى الله عليه وسلم: تهادوا تحابوا[4]. والنهي عن الشيء نهي عن سببه.

إلا أن القرافي فرق بين البر بأهل الكفر وبين المودة[5].

الفرع الثاني في الوصية للحربي

بالنسبة لهذا الفرع هناك خلاف قوي بين الفقهاء فالشافعية والحنابلة يجيزون الوصيية له، ولو كان في دار الحرب، كان الموصي له مسلما، أو ذميا، إلا أنه لا تجوز الوصية له بالسلاح، وهو أحد قولين للمالكية[6].

---

1 - رواه الترمذي 79/3. وأبو داود 252/4.
2 - رواه الترمذي 64/4.
3 - من الآية 22 المجادلة.
4 - رواه البخاري في الأب المفرد ومالك الموطأ وغيرهما لنيل الأوطار 347/5. الأب المفرد 155.
5 - الفروق 14/3-17.
6 - انظر المغني 104/6. نهاية المحتاج 40/6.

والمعتمد في مذهب مالك أنه لا تجوز الوصية للحربي، كان محاربا أم لا [1].

وقال الحنفية لا تجوز الوصية له ولو أجازها الورثة ما دام في دار الحرب، كان الموصي له مسلما، أو ذميا. فإن خرج من دار الحرب وأراد أخذ وصيته لم يمكن منها. وأجازها بعض آخر منهم. ووفق بين القولين بأنه لا يجوز له ابتداء وإن فعل مضى[2].

وقد احتج من أجاز الوصية له أولا بعموم الأدلة السابقة في الوصية للذمي، فإنها شاملة للذمي والحربي، فتبقى على عمومها.

وثانيا بقياس الحربي على الذمي، أو قياس الوصية للحربي على الهدية له الثابتة بالإجماع.

وثالثا بحديث ابن عمر وأسماء رضي الله عنهما: ففي البخاري عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى عمر حلة حريرية، فبعث بها عمر إلى أخيه بمكة وهو مشرك[3].

وفيه أيضا أن أم أسماء وردت عليها زمن الحديبية وهي راغبة، فسالت النبي صلى الله عليه وسلم عن صلتها، فأذن لها في ذلك، وقال لها نعم: صلي أمك[4].

واحتجوا رابعا بالاستصحاب فإنه يجوز له إعطاؤه في الحياة اجماعا، فيستصحب ذلك الحكم فيما بعد الموت[5].

واحتج من منعها:

1 – بقوله تعالى﴿ **لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا إليهم، إن الله يحب المقسطين إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين، وأخرجوكم من دياركم، وظاهروا على إخراجكم أن تولوهم**﴾ [6].

---

1 - انظر المنتقى 178/6 – الخرشي 87/5.

2 - الفتاوي الخانية 436/6 – الفتاوي الهندية 92/6.

3 - رواه البخاري الفتح 414/10.

4 - رواه البخاري انظر الفتح 413/10 – 296.

5 - الذخيرة 17/7.

6 - من الآية 8 الممتحنة.

والحجة فيها من وجهين: في أول الآية وآخرها.

الأول في قوله: ﴿لم يقاتلوكم﴾ فإنه يدل بطريق المفهوم على النهي عن بر من يقاتلنا، وهو عام في كل مقاتل، كان في بلد الحرب، أو غيره، كان بره بإعطاء السلاح، أو غيره، لقاعدة عموم الأشخاص يستلزم عموم الأمكنة والأحوال، والوجه الثاني في قوله: ﴿إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم﴾، وهو عام في كل مقاتل، مثل ما قبله إلا أن هذا يدل بالمنطوق والأول يدل بالمفهوم، وكلاهما حجة.

2 – أن الحربي مأمور بقتله، والإغلاظ إليه، مأذون في أخذ ماله، في آيات كثيرة، منها قوله تعالى في سورة التوبة، وهي من آخر القرآن نزولا: ﴿قاتلوا الذين يلونكم من الكفار وليجدوا فيكم غلظة﴾[1]. والأمر بالشيء نهي عن جميع أضداده، أو يتضمنها فلا يجتمع الأمر بقتله، والإذن في الوصية له، لأنهما ضدان.

3 – وحجة ثالثة أن الوصية إليه إعانة له، وتقوية له على حرب المسلمين، فإن سلاح المال لا يقل خطورة عن سلاح النار. وقد نهى الله عن التعاون على الإثم والعدوان. وهو عام يشمل الوصية للحربي.

4 – بالإضافة إلى الأدلة السابقة هناك حديث أبي داود (لا يأكل طعامك إلا تقي) وأثر ابن عباس في امتناعه من إعطاء من شك في إسلامه في دار الإسلام، فكيف بمن تحقق كفره وحرابته في بلد الحرب. مع ظاهر آية: ﴿ لا تجد قوما يومنون بالله واليوم الآخر يوادون من حاد الله ورسوله.﴾

فهذه الأدلة تقتضي منع الوصية للحربي مطلقا، في دار الحرب وخارجها، بالسلاح أو غيره، أما استدلال القائل بالجواز بما سبق من عموم أدلة الوصية، وإطلاقها، فقد سبق الجواب عنها، كما أن استدلالهم هنا بقياس الحربي على الذمي، وقياس الوصية على الهدية للحربي المجمع عليها حسب قولهم فإن ذلك لا يصح.

أما الأول – أعني قياس الحربي على الذمي – فمردود من وجهين، الأول أنه قياس في محل النص، فإن آية لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم... نص في النهي عن بر الحربي كما سبق. والقياس في محل النص فاسد. والثاني أنه قياس مع وجود الفارق

[1] - من الآية 123 التوبة

فإن الذمي في حالة سلم مع المسلمين، لا يتقوى على المسلمين بالوصية له، كما أنه قياس على أصل مختلف فيه، فإن ابن القاسم كما سبق لا يقول بجواز الوصية للذمي، إلا في حدود ضيقة جدا، أما القياس على الهبة فإنه مردود بوجود الفرق بينهما كما سبق بيانه. بالإضافة إلى أنه قياس على أصل مختلف فيه، فإن المالكية يمنعون الهدية للحربي[1]. فلا تصح دعوى الإجماع على جواز الهبة له. والاستدلال على الجواز بقوله تعالى: ﴿ **ويطعمون الطعام على حبه مسكينا ويتيما وأسيرا**﴾[2]. والأسير لا يكون إلا حربيا، كما قال بعضهم، هو استدلال مردود من وجوه:

1- أن الأسير في حال أسره معدود من أموال المسلمين، فإطعامه من باب المحافظة على مال المسلمين حتى يبت في أمره بوجه من الوجوه المشروعة فيه.

2- الأسير في حال الأسر مامون من حربه، ولا يستعين على حرب المسلمين بإطعامه.

3- الأسير في أيدي المسلمين وقبضتهم وليس في دار الحرب.

4- كل ما تضمنته الآية هو إطعامه وسد جوعته، ولا يلزم من جواز ذلك جواز هبة المال إليه. كما أن الاستدلال على جواز ذلك بحديث أسماء مع أمها وعمر مع أخيه لا يصح أيضا.

فإن حديث أسماء مع أمها هو في امرأة، والإسلام لا يعتبر المرأة حربية بطبعها، ولذا نهى عن قتل النساء كما جاء في حديث ابن عباس[3]. ثم هي وردت عليها إلى المدينة فليست في دار الحرب، وكانت الفترة التي وردت فيها هي فترة الصلح -صلح الحديبية- فكانت معاهدة، لا حربية. ثم هي من جهة أخرى وردت على بنتها بهدايا فردتها بمثلها، أخذا بحديث: من أسدى إليكم معروفا فكافئوه[4]. فلم يكن ما فعلته معها هبة خالصة، بل هبة ثواب، وهي معاوضة خارجة عما نحن بصدده.

---

1 - انظر الخرشي 87/5.

2 - من الآية 8 – الانسان.

3 - رواه الجماعة إلا النسائي نيل الأوطار 246/7.

4 - رواه البخاري في الأدب المفرد ص 64.

وأخـيرا هي أمها، ولا يلزم من جواز الهدية لامرأة بهذه الظروف، جوازها لحربي في دار الحرب متربص بالمسلمين، ثم هي قضية عين، وقضايا العين لا تقوم بها حجة في غير ما وردت فيه لأنه لا عموم فيها.

وأمـا حديـث ابـن عمر فليس فيه ما في حديث أسماء من استيذان النبي صلى الله عليه وسلم في بعثها لأخيه، وأذنه له في ذلك، كما في حديث أسماء، فلعل عمر فعل ذلـك باجـتهاد مـنه بعدمـا قـال لـه صـلى اللـه عليه وسلم (إنما بعثت بها إليك لتبيعها أوتكسـوها) [1]. والخـلاف في حجـية مـثل هذا مشهور بين الأصوليين والمحدثين، ثم هو معارض برواية النسائي "فباعها عمر"، قال الحافظ وسنده قوي: وأصله في مسلم[2].

كما أن في الحديث إشكالا آخر يمنع الاحتجاج به يتبين من سوق الحديث بلفظه مـن الـبخاري عـن ابـن دينار قال سمعت ابن عمر رضي الله عنه يقول: "رأى عمر حلة سـيراء تـباع، فقـال: يـا رسول الله ابتع هذه، وألبسها يوم الجمعة، وإذا جاءك الوفود، فقـال: إنمـا يلـبس هـذه مـن لا خـلاق له، فأتي النبي صلى الله عليه وسلم منها بحلل، فأرسـل إلى عمر بحلة، فقال: كيف ألبسها وقد قلت فيها ما قلت؟ قال: إني لم أعطكها لتلبسـها، ولكـن تبـيعها أو تكسوها،فأرسـل بهـا عمـر إلى أخ له من أهل مكة قبل أن يسلم[3].

وقـد ثبت في رواية مسلم أن الحلة التي قال فيها الرسول ما قال هي حلة عطارد التمـيمي[4]. كما أن الحلة التي أعطاها الرسول صلى الله عليه وسلم لعمر هي من حلل أكـيدر دومة التي أهداها للرسول صلى الله عليه وسلم، فأعطى منها حلة لعمر، وعلي، وأسامة[5].

وإذا كانـت حلـة عمـر مـن هديـة أكـيدر، لم يبق في الحديث، حجة على جواز الهدية للكافر الحربي.

---

1 - جزء من حديث البخاري الفتح 414/10.

2 - الفتح 299/10- سنن النسائي 200/8.

3 - رواه البخاري الفتح 414/10.

4 - الفتح 298/10.

5 - نفس المرجع 297/10 – 299.

أولا: لأن مكة في ذلك الوقت كانت فتحت، ولم تبق دار حرب، وثانيا: لأنه بعد فتح مكة لم يبق مشرك بها. كما أن عطارد صاحب الحلة المعروضة للبيع لم يفد على النبي صلى الله عليه وسلم إلا في السنة التاسعة، كما قال ابن حجر[1]. ويؤيد مقالته قول عمر في الحديث: ابتع هذه وألبسها يوم الجمعة وإذا جاءك الوفود. فإن الوفود إنما تقاطرت على النبي صلى الله عليه وسلم بعد فتح مكة.

الفرع الثالث في الوصية للمعاهد:

المعاهد أو المستأمن له شبه بالذمي، من حيث وجوده بأرض المسلمين، وحصوله على عهد بالدخول إليها، كما أن له شبها بالحربي بانتمائه إلى دار الحرب وأهلها، وتمكنه من العودة إليها متى شاء.

ومن هنا اختلف الفقهاء في جواز الوصية له، فأجازها الشافعية، والحنابلة بالقياس الأولى على الحربي الذي أجازوا الوصية له[2]. كما أجازها بعض الحنفية قياسا على الذمي، وإن منعوا الوصية للحربي تغليبا لشبهه بالذمي، على شبهه بالحربي، وهو الأصح عندهم، وهو قول المالكية[3].

في حين قال أبو حنيفة وأبو يوسف لا تصح الوصية له، لأنه بمنزلة الحربي. لقدرته على العودة إلى دار الحرب متى شاء[4]. لقوله تعالى:﴿ **وإن أحد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله ثم أبلغه مامنه**﴾[5]. فهو وإن كان في دار الإسلام صورة فهو في دار الحرب حكما.

الفرع الرابع في الوصية للمرتد:

المرتد كما سبق من كفر بعد إسلامه، وقد اختلف في الوصية له على قولين: البطلان والصحة.

---

1 - نفس المرجع 301/10.

2 - راجع نهاية المحتاج 40/6. – المغني 104/6.

3 - انظر الباجي 178/6 – الزرقاني 179/8 – الفتاوي الخانية 496/3.

4 - المبسوط 25/ 93 – الفتاوي الهندية 92/6.

5 - من الآية 6 التوبة.

الأول: مذهب المالكية، والحنفية. واحد قولي الشافعية، وحجته أن المرتد مأمور بقتله، وماله موقوف، فلا تصح الوصية له[1].

والقول الثاني هو مذهب الحنابلة، والأصح عند الشافعية، إلا أن يموت على ردته فتبطل وصيته[2].

والخلاصة أن الوصية للحربي والمرتد باطلة على الأصح في مذهب المالكية والحنفية، بخلاف الوصية للذمي، والمعاهد، فصحيحة عند أكثر الفقهاء وبشرط عند ابن القاسم، بينما أجاز الحنابلة الوصية للكافر مطلقا، وأجازها الشافعية إلا لحربي بالسلاح.

وقد أخذ القانون المصري والسوري بالرأي القائل بجواز الوصية للكافر، إلا أنهما استثنيا حالة ما إذا كان الكافر الموصى له من بلد غير بلد الموصى، فإنه اشترط المعاملة بالمثل، أي أن يكون قانون بلده يجيز الوصية للموصي، على ما يأتي بيانه في الشرط الثالث عشر[3].

أما القانون المغربي فقد سكت عن هذا الموضوع، ويعتبر سكوته أخذا بمذهب المالكية المانع من الوصية للحربي، والمرتد مطلقا، وللذمي بغير سبب والمعاهد.

ونختم هذا المطلب بالإشارة إلى أن محل الخلاف في الوصية للكافر هو إذا أوصى إليه بصفته الشخصية، كأن يوصي لفلان أو فلانة، فإذا هما من أهل الكفر في الواقع، دون الإشارة في وصيته إلى صفتهما الكفرية.

وأما إذا أوصى له بصفته كافرا فإن الوصية تكون باطلة اتفاقا مطلقا، كان الموصي له ذميا. أو حربيا، مثل الوصية لمن يرتد، لأن الوصية في هذه الحالة تكون وصية لجهة الكفر، كما سبق توضيحه من أن ترتيب الحكم على المشتق يوذن بعلية ما منه الاشتقاق.

---

[1] - انظر – الزرقاني 179/8 – الفتاوي الهندية 92/6 الفتاوي الخانية 496/3.

[2] - الشرقاوي 77/2 – نهاية المحتاج 48/6.

[3] - انظر القانون المصري (م9) والقانون السوري (م215).

ومـثل هـذا يجري في الوصية للمبتدع، فما كان له باسمه الشخصي، لا ذكر فيه لصـفته البدعـية فهي وصية صحيحة, وما كان بوصفه البدعي فالوصية له بذلك الوصف وصية باطلة، لأنها وصية لجهة معصية.

المطلب السابـع:

في كونـه غير قاتل للموصي

القاتل المتحدث عنه في هذا المطلب هو الموصى له الذي يقتل من أوصى له، وله حالتان: فقد يكون هذا القتل بعد الوصية، بأن يوصي شخص لغيره، ثم يقوم الموصى له بنفسـه بقـتل الموصي لسبب ما، كما قد يكون هذا القتل قبل الوصية، بأن يفعل شخص بغـيره فعـلا يـؤدي إلـى موتـه،كأن يجرحه أو يسممه، ثم يوصي المجروح أو المسمم لمن جرحه، أو سممه وهي الحالة الثانية.

وقـد اخـتلف الفقهـاء في الوصـية للقـاتل في كلـتا الحالتين اختلافا كثيرا لعدم وجـود نص صحيح صريح في الموضوع. ولم يجدوا إلا عمومات متعارضة، وأقيسة متباينة. كـان مـن نتيجـتها اخـتلاف في الـرأي داخـل المذاهب الأربعة وخارجها، نحاول في هذا المطلب التعرف عليها وعلى حججها ومناقشتها.

1 – مذهب الشافعية.

للشافعية قولان متباينان في الوصية للقاتل.

الأول: وهـو الأظهـر عندهم صحة الوصية للقاتل مطلقا، تقدم القتل، أو تأخر عـن الوصـية. كـان القتل عمدا عدوانا أم لا. كان القتل مباشرة أو تسببا. كان القاتل مكلفا أم لا[1]. وحجة هذا القول الكتاب والسنة والقياس.

أمـا الكـتاب والسـنة فعمـوم أدلة الوصية. فإنها جاءت عامة تارة، ومطلقة تارة مـثل قولـه تعـالى: ﴿**الوصـية للوالديـن والاقربين بالمعروف**﴾[2]. وقوله ﴿**من بعد وصية**

---

[1] - انظر نهاية المحتاج 4/27-48. الشرقاوي 2/76-77.

[2] - من الآية 280 البقرة .

يوصـي بها أودين﴾[1] وغيرهما. والعام محمول على عمومه، والمطلق محمول على إطلاقه حتى يرد المخصص أو المقيد. وبذلك تشمل هذه الأدلة الوصية للقاتل في جميع الأحوال والظروف، لقاعدة عموم الأشخاص يستلزم عموم الأحوال.

وأمـا القـياس فهـو قياس الوصية على الهبة والبيع، بجامع أن كلا تصرف ينقل الملـك، فكما أن الهبة والبيع لا يبطلان بقتل الواهب والبائع بعد وقوعهما، فإن الوصية كذلك، لا تبطل بقتل الموصى له الموصي.

والقـول الـثاني عـندهم هـو بطـلان الوصـية بقتل الموصي من طرف الموصى له مطلقـا، ولـو كـان القـاتل صـغيرا، أو مكـرها، كـان القتل عمدا أو خطأ، أو مشروعا لقصـاص ونحـوه، أو كان لعذر الدفاع عن النفس، أو المال، أو العرض. كان مباشرة أو تسـببا. ولو كان حاكما حكم على شخص بقتل. أو شاهدا شهد عليه بما يوجب القتل، أو زكى من شهد بموجبه[2]. وحجة هذا القول السنة والقياس.

أمـا السـنة فحديـث. ليس لقاتل وصية، وفي رواية لا وصية للقاتل[3]. وحديث لـيس لقـاتل شـيء[4]. فالقـاتل في الرواية الأولى والثالثة نكرة في سياق النفي فتعم. وفي الـرواية الثانـية مفـرد محلى بال فيعم كما أن لفظ شيء في الحديث الثالث نكرة في سياق الـنفي فـتعم كـل شـيء. فـتدخل في ذلـك الوصية بطريق العموم الظاهر، كما تدخل في الحديـث الأول والثاني بطريق النص... وعموم الأشخاص يستلزم عموم الأحوال وبذلك تدل هذه الأحاديث على بطلان الوصية للقاتل مطلقا، في جميع الظروف والأحوال.

وأما القياس فهو قياس الوصية على الإرث بجامع أن كلا ينقل الملك بعد الموت مـن مالك إلى آخر[5]. والقاتل لا يرث في جميع الحالات لعموم حديث (لا يرث القاتل شيئا[6].) وحديث (ليس لقاتل ميراث[7].) وإذا كان القتل مانعا من الإرث فإنه يكـــون

---

1 - من الآية 11 النساء

2 - راجع نهاية المحتاج وحواشيه 4/27-48 – الشرقاوي 2/76-77.

3 - أورده في الذخيرة 7/28 – الكاساني في البدائع 7/340..

4 - رواه أحمد –المغني 6/29 – وانظر: سنن الدارقطني : 4/96

5 - نهاية المحتاج 6/48.

6 - رواه أبو داود نيل الأوطار 6/74. انظر: الدارقطني: 4/95-96 – فقد رواه من عدة طرق وبألفاظ مختلفة.

7 - رواه مالك وأحمد وابن ماجة – نيل الأوطار 6/74.

مانعا من الوصية أيضا من باب أولى وأحرى، لأن الميراث أقوى من الوصية.

والقولان على إطلاقهما لا يخلوان من ضعف.

أما القول بصحتها مطلقا فإنه يتعارض مع القاعدة الأصولية والفقهية أن من استعجل شيئا قبل أوانه عوقب بحرمانه، وقاعدة المعاملة بنقيض المقصود الفاسد[1].

فإنهما تقضيان بحرمان القاتل من الوصية. إذا قتل الموصى له عمدا عدوانا بغير حق، ولا عذر بعدما أوصى له، إلا أن الشافعية أجابوا بأن هذا الحكم استثناء من القاعدة المذكورة[2]. وهو جواب يرده أنه لا داعي لهذا الاستثناء، ولا مبرر له، لأن الحكمة من وراء هاتين القاعديتين هي زجر الناس عن ارتكاب ما لا يجوز فعله، لتحقيق أغراضهم بوسائل محرمة. وهذه الحكمة موجودة في القتل العدوان، وهي زجر الموصى لهم عن قتل الموصين، لاستعجال وصاياهم، فالواجب تطبيق القاعدة وعدم الاستثناء.

كما أن قياس الوصية على الهبة والبيع لا يخلو بدوره من ضعف، لأن الهبة عقد بات لا يتوقف على موت الواهب، فلا يتأتى فيها اتهام الموهوب له بقصد استعجال هبته بقتل الواهب له، عكس الوصية، فإنها متوقفة على موت الموصي، فالتهمة فيها قوية، ومع وجود هذا الفارق بين الوصية والهبة والبيع يمتنع قياس الوصية على الهبة، لأنه قياس مع وجود الفارق فلا يصح.

وأما القول ببطلانها مطلقا ولو كان القتل خطأ، والقاتل غير مكلف، أو كان القتل بحق أو عذر، فإنه يتعارض مع نصوص عدة من الكتاب والسنة، تقتضي عدم مؤاخذة الصغير والمجنون، بفعلهما. وعدم معاقبة المخطئ على خطئه، والإذن في الدفاع المشروع. وتنفيذ القتل بحق ولا شك أن حرمان الصغير والمجنون والمخطئ من وصاياهم فيه نوع معاقبة على فعلهم. وهي مرتفعة بحديث (رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن الصغير حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل[3]. وحديث (رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه) [4].

---

[1] - انظر ايضاح المسالك ص 315.

[2] - الشرقاوي 77/2.

[3] - سبق تخريجه

[4] - سبق تخريجه

كما أن حرمان القاتل بحق، وفي حالة الدفاع المشروع يتناقض مع الإذن لهم في ممارسة القتل على الوجه المذكور بنص قوله تعالى: ﴿**ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق**﴾[1]. وحديث (من قتل دون ماله فهو شهيد) [2]. وحديث (من قتل دون دينه فهو شهيد، ومن قتل دون دمه فهو شهيد، ومن قتل دون ماله فهو شهيد ومن قتل دون أهله فهو شهيد)[3].

كما أن الاستدلال بالحديث والقياس على البطلان المطلق لا يصح.

أما الأحاديث فهي أولا أحاديث ضعيفة جدا وساقطة، كما قال بعضهم[4].

وثانيا على تسليم صحتها فهي مؤولة بتاويلين.

الأول: أن المراد بالوصية فيها الإرث، فإنه وصية في الشرع، كما جاء في قوله تعالى: ﴿**يوصيكم الله في أولادكم وصية من الله**﴾[5]. فسمي الإرث وصية.

والثاني أنها محمولة على من أوصى لمن يقتله أو يقتل غيره كأن يقول: اعطوا لمن يقتلني، أو لمن يقتل فلانا كذا، وإنما لم تصح الوصية في هذه الحال، لأنها وصية لغير معين، فصارت وصية لجهة معصية وهي باطلة كما سبق[6].

ثالثا: أنه على تسليم صحتها، وإرادة ظاهرها فإنها معارضة بعموم أدلة الوصية، وإطلاقها، المقتضية جوازها للقاتل، فتعين الجمع بينها بحمل أدلة الجواز على حال، وأدلة المنع على حال آخر، وهو ما فعله المالكية كما سياتي.

وأما القياس فإنه قياس مع الفارق لأن الارث جبري. والوصية اختيارية، فلا يصح هذا القياس لوجود الفارق بينهما.

---

1 - من الآية 33 الإسراء.

2 - متفق عليه نيل الأوطار 326/5.

3 - رواه أبو داود والنسائي والترمذي وصححه نيل الأوطار 326/5 سنن الترمذي 435/2-436.

4 -نهاية المحتاج 48/6.

5 - راجع الذخيرة 28/7 – 29.

6 - نهاية المحتاج 48/6 – تحفة الطلاب 77/2.

مذهب الحنابلة.

للحنابلة في صحة الوصية للقاتل ثلاثة أقوال، الأول صحتها مطلقا، والثاني بطلانها مطلقا، وهما روايتان عن أحمد، والثالث التفصيل بين تقدم الوصية على القتل وتأخرها عنه، فإذا جرحه ثم أوصى له فالوصية صحيحة وإن أوصى له أولا ثم قتله فالوصية باطلة، وهو قول جمع به بعض الحنابلة بين الروايتين عن أحمد، ونسبه السرخسي للشافعي[1].

ووجه الفرق بين القتل السابق على الوصية والقتل الطارئ عليها بوجهين:

الأول: أنه إذا كان الجرح بعد الوصية فالظاهر ندم الموصي على وصيته ورجوعه عنها، فحمل على ذلك، وإن لم يصرح بالرجوع، بخلاف الجرح قبل الوصية، فإن الظاهر أنه أوصى له قصد مقابلة السيئة بالحسنة.

والثاني: أنه إذا كان القتل بعد الوصية فإنه يتهم بقصد الاستعجال، بخلاف الجرح قبلها، فلا تأتى فيه هذه التهمة، لعدم وجود الوصية قبل الجرح.

إلا أنه رغم هذا التوجيه فإنه يرد على هذا القول تسويته بين قتل الخطأ والعمد في بطلان الوصية بالقتل المتأخر، وهو غير صحيح، والتعليل بقصد الاستعجال وعدمه يقتضي التفريق بينهما كما يرد على القول الأول والثاني للحنابلة ما ورد على قولي الشافعية السابقين.

مذهب المالكية:

لم يأخذ المالكية بأي قول من هذه الأقوال على اطلاقها، لما سبق أثناء مناقشتها من مخالفتها للقواعد الأصولية، والنصوص الشرعية، واختاروا التفصيل بين أنواع القتل، وأحوال القاتل، فأجازوه مطلقا في الحالات التالية:

1- إذا كان القاتل غير مكلف، تقدمت الوصية أو تأخرت[2].

2- إذا كان القتل خطأ تقدم أو تأخر كذلك.

---

[1] - راجع المغني 111/6 – 112 – المبسوط 137/27.

[2] - انظر الذخيرة 93/7- الرهوني 239/8.

3- إذا كان القتل بحق كقصاص وحد.

4- إذا كـان القـتل لعـذر الدفـاع عـن النفس، أو المال أو العرض، أو الدين في حدود الدفاع المشروع. وحجة المالكية على صحتها في هذه الحالات الكتاب والسنة.

أمـا صـحتها لغـير المكلـف فحجـتهم، حديـث رفع القلم عن ثلاث، وفيه (عن الصبي حتى يحتلم والمجنون حتى يعقل)، وهو يقتضي عدم تكليفهما بما يصدر عنهما في حال الصغر والجنون. فلا تبطل الوصية بقتلهما، لما في ذلك من مؤاخذتهما بفعلهما، إلا أن هـذا يمكـن رده بـأن القـتل مـانع. والمـانع يسـتوي فيه المكلف وغيره, لأنه من خطاب الوضع الذي لا يشترط فيه التكليف[1].

وأمـا صـحتها للقـاتل خطـأ فدلـيله حديث رفع الخطأ عن هذه الأمة[2]. وقوله تعالى: ﴿وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به﴾[3]. فالحديث والآية نص في عدم مواخذة المخطئ بخطئه، ولو أبطلت الوصية للقاتل خطأ لكان مواخذة له بخطئه.

وأمـا صحتها للقاتل بحق فدليله قوله تعالى: ﴿**ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق**﴾[4].

فهـذا إذن في القتل الحق، لأن الاستثناء من النفي اثبات، والإذن في الشيء يدل علـى مشـروعيته، وصـحته عند وقوعه، وعدم المعاقبة على فعله، فلو حرم القاتل بحق من الوصـية لكـان ذلـك معاقـبة له عليه. والعقوبة على الشيء تقتضي تحريمه، فيلزم اجتماع الضدين: الإذن في القتل، والنهي عنه، وهو محال.

كمـا أن دلـيل صـحتها للقـاتل في حالـة الدفـاع المشـروع عـن النفس، والمال، والديـن، والعـرض هـو نفـس هـذا المسـلك، لأن الدفـاع المشروع ماذون فيه بالأحاديث السـابقة. فلـو حـرم المدافـع من وصيته بسبب قتله الموصي أثناء دفاعه لكان ذلك عقابا يقتضي تحريمه. فيجتمع الأمر بالقتل، والنهي عنه، وهو لا يجوز. بالإضافة إلى هذه الأدلة الخاصة بكل حالة فإن هناك أدلة عامة. وهي عموم أدلة الوصية، فإنها تعم القاتل وغيره.

---

1 - راجع الفروق للقرافي 161/1.

2 - سبق لفظه وتخريجه.

3 - من الآية 5 الأحزاب.

4 - من الآية 151. الأنعام.

خرج منها قاتل العمد العدوان إذا كان مكلفا، لاتهامه بقصد استعجال الوصية قبل وجوبها، فعوقب بحرمانه منها، فيبقى من عداه داخلا في النص، مشمولا له، لانتفاء هذه العلة، والعام المخصوص حجة في الباقي كما أن الحكم يدور مع العلة وجودا وعدما، وهذه الحالات التهمة فيها منتفية.

وفيما عدا هذه الحالات وهي إذا كان القاتل مكلفا والقتل عمدا عدوانا بغير حق ولا عذر فإن هناك تفصيلا بين القتل المتأخر عن الوصية، والقتل المتقدم عليها.

ففي الحالة الأولى إذا أوصى له فقتله فإن الوصية تبطل اتفاقا إذا مات المقتول مكانه، أو عاش بعض الوقت ولم يعلم بقاتله. وإما إن علم بقاتله، وانه هو فلان الموصى له، ولم يغير وصيته، فإن الوصية تصح في هذه الحالة على المعتمد وقيل تبطل[1].

ووجه القول ببطلانها إذا لم يعلم الموصي بقاتله هو القاعدة السابقة: أن من استعجل شيئا قبل ابانه عوقب بحرمانه، وأما سبب الخلاف إذا علم ولم يغير وصيته فهو الخلاف في السكوت هل يدل على الرضا أم لا؟

فمن اعتبره دالا على الرضى قال: سكوته بعد علمه بقاتله دليل على رضاه ببقاء وصيته له، وعدم رجوعه، أو هو بمنزلة الوصية له بعد الجرح.

ومن اعتبره لا يدل على الرضا قال: ببطلان الوصية، إلا أن ينشئ وصية جديدة، لبطلان الأولى بالقتل العمد العدوان، ورأى السكوت غير كاف في الدلالة على الرضا ببقاء وصيته الأولى له.

وفي الحالة الثانية إذا ضربه أو جرحه، ثم أوصى له فإن الوصية تصح اتفاقا إذا علم أن الذي حاول قتله هو فلان، ومع ذلك أوصى له، فإن لم يعلم بأنه حاول قتله، وأوصى لشخص يظنه بريئا من دمه، فإذا هو قاتله في الواقع، فإن الوصية لا تصح له على الأظهر، وقيل بصحتها[2].

---

[1] - انظر المدونة 299/4 – الزهوني 239/8

[2] - نفس المرجع والصفحة، وانظر الذخيرة 28/7.

وحجـة القول بصحتها في حالة العلم بقاتله هو عموم أدلة الوصية، وعموم قوله تعالى:﴿ **فمن بدله بعدما سمعه فإنما اثمه على الذين يبدلونه**﴾[1]. وإبطال الوصية تبديل لها، فلا يجوز إلا بدليل خاص يصلح أن يكون مخصصا لهذه العمومات.

كمـا أن تأخـر الوصـية عـن الجرح ينفي عن الجارح تهمة استعجال الشيء قبل ابانـه، فـلا تشـمله القـاعدة السـابقة. وأما سبب الخلاف في صحتها إذا لم يعلم الموصي بجارحـه، فهو الاختلاف في اعتبار أحوال الناس في ردود أفعالهم إزاء من يسيء إليهم، فمـن رأى أن الغالـب في الـناس لا تطيـب نفوسـهم بالإحسان إلى من أساء إليهم قال: بـبطلان الوصية، لأن الموصي لو علم بأن فلانا بعينه هو الذي حاول قتله لما طابت نفسه بالوصـية إلـيه، فـلا تصـح هذه الوصية حينئذ لعدم رضا الموصي بحسب العادة، وأخذا بحديـث (لا يحـل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه)[2]. ومن لم يعتبر ذلك، أو رأى أنه قد يوجد في الناس من يحسن إلى من أساء إليه حمل الموصي على ذلك، وقال بالصحة، كمـا أن احـتمال عدم الرضا لو علم لا يعدو أن يكون من باب الشك في المانع، وهو لا يؤثر، لأن الأصل عدمه.

مذهب الحنفية:

أبطل الحنفية الوصية للقاتل مطلقا، كان القتل عمدا أو خطأ، كان قبل الوصية أو طـرأ علـيها، انفرد القاتل بالقتل، أو شاركه غيره، ولو كثروا، بشرط أن يكون القتل مباشرة، والقاتل مكلفا.

وأجازوها إذا كان القاتل صبيا، أو مجنونا، أو كان القتل تسببا، أو كان بحق، أو في حالة الدفاع المشروع[3].

وقـد احتجوا لمذهبهم بالأحاديث السابقة: ليس لقاتل وصية، ولا وصية لقاتل. وبالقـياس علـى الإرث، وهـي أحاديـث سبق ردها بأنها ضعيفة ومؤولة، ومعارضة بأصح وأقـوى مـنها، وهـو عموم أدلة الوصية، التي لا تصلح أن تكون هذه الأحاديث مخصصة لها لضعفها، واحتمالها.

---

1 - من الآية 281 البقرة.

2 - سبق تخريجه.

3 - راجع بدائع الصنائع 339/7- الفتاوي الهندية 91/6.

يضاف إلى ذلك أن الأخذ بظاهر هذه الأحاديث وعمومها يرد تفرقة الحنفية، ويضعف تفاصيلهم فهي حجة عليهم، لا لهم، كما أن احتجاجهم بالقياس على الارث لا يصح لما قلناه سابقا من وجود الفرق بينهما ولا قياس مع الفارق.

واختلف إذا أجاز الورثة الوصية للقاتل عمدا، فقال أبو حنيفة ومحمد بصحتها. وقال أبو يوسف ببطلانها، واتفقوا على إجازتها بإجازة الورثة إذا كان القتل خطأ، ومنشأ الخلاف في القتل العمد هو اختلافهم لمن الحق في ذلك؟

فمن رأى الحق في ذلك لله قال: لا يجوز وإن أجازوها، لأنه لا حق لهم فيسقطوه. ومن رأى أن الحق للورثة قال: إذا أجازوها جازت[1]. كما أجازها أبو حنيفة إذا أوصى لقاتله وليس له وارث سوى القاتل[2].

والخلاصة أن الوصية للقاتل صحيحة عند المالكية، إلا في حالة القتل العمد العدوان، الطارئ على الوصية إذا لم يعلم الموصى بقاتله، وكان القاتل مكلفا لا عذر له في القتل، وبه أخذ القانون المغربي في فصله 179، حيث عد من شروط الموصى له، عدم قتله للموصى عمدا عدوانا، إلا إذا علم الموصى بقتله قبل موته ولم يغير وصيته.

فاحترز بالعمد عن الخطأ، وبالعدوان عن القتل بحق، والقتل في حال الدفاع، وعن قتل الصغير والمجنون لأن فعلهما لا يوصف بالعمد، لانتفاء القصد المعتد به في الوصايا والجنايات.

في حين أخذ القانون المصري (م17) بمذهب الحنفية مبدئيا مع مخالفته في قتل الخطأ والقتل تسببا وفي تحديد السن، فأخذ بمذهب مالك القائل بصحة الوصية للقاتل خطأ، مخالفا بذلك مذهب الاحناف. كما أخذ بمذهبه أيضا في التسوية بين التسبب والمباشرة. وخالفهما في تحديد سن القاتل بخمسة عشر عاما من الوصية، وهكذا جاء في المادة 17 بمنع من استحقاق الوصية الاختيارية أو الوصية الواجبة قتل الموصي أو المورث عمدا، سواء كان القاتل فاعلا أصليا، أو شريكا أم كان شاهد زور، أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام على الموصي وتنفيذه، وذلك إذا كان القتل بلا حق، ولاعذر، وكان

---

1 - البدائع 340/7.

2 - الفتاوي الهندية 31/6.

القـاتل عـاقلا ، بالغـا مـن العمر خمس عشرة سنة. ويعد من الأعذار تجاوز حق الدفاع الشرعي.

كمـا أخـذ بـه القـانون السـوري المادة 223 القائلة "يمنع من استحقاق الوصية الاختيارية أو الواجبة".

- قتل الموصى له الموصي قصدا سواء أكان القاتل فاعلا أصليا، أو شريكا إذا كان القتل بلا حق، ولا عذر، وكان القاتل عاقلا ، بالغا من العمر خمس عشرة سنة

- تسـببه قصدا في قتل الموصي. ويعتبر من التسبب شهادته عليه زورا إذا أدت إلى قتله.

إلا أنـه يلاحـظ على القانونين معا تحديدهما سن القاتل بخمس عشرة سنة، لأن كـثيرا مـن الفتيان والفتيات يحتلمن قبل ذلك، كما أن هناك من الفتيات من يحضن، أو يحملـن قـبل هـذه السن أيضا. وإذا احتلم الصبي، أو حاضت الجارية، أو حملت صارا مكلفـين بإجمـاع المسلمين. وإن لم يبلغا سن الخامسة عشرة. أخذا بحديث رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم[1].والحيض مثل الاحتلام. والحمل دليل عليه. والخلاف بين الفقهاء في السن المعتبرة للبلوغ إنما هو حيث لا احتلام، ولا حيض، ولا حمل، ففي هذه الحالة يرى الشـافعية والحـنابلة تحديـد سـن البلوغ بخمس عشرة سنة، استنادا إلى حديث ابن سعمر رضـي الله عنه: أنه صلى الله عليه وسلم رده يوم أحد ولم يجزه في المقاتلة، وعمره آنذاك أربع عشرة سنة، وعرض عليه يوم الخندق وعمره خمس عشرة سنة فأجازه[2].

وقـال مالك وأبو حنيفة الحد للبلوغ لمن يحتلم هو ثمان عشر سنة، أو تسع عشر سنة. أو سبع عشرة. على اختلاف الروايات عنهم[3].

وإذا كـان كذلـك فالوصية لمن لم احتلم، أو حاض أو حمل تبطل بقتله الموصي له وإن لم يبلغ الخامسة عشرة سنة، لأنه مكلف. له ما للمكلفين. وعليه ما عليهم. في حين يقتضـي نـص القانونين أنها لا تبطل إذا لم يبلغ القاتل خمسة عشر سنة، ولو احتلم، أو

---

1 - سبق تخريجه

2 - رواه الجماعة بلفظ عرضت على النبي صلى الله عليه وسلم يوم أحد وأنا ابن عشرة سنة فلم يجزني وعرضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة فأجازني نيل الأوطار 248/5.

3 - راجع الجامع لأحكام القرآن 25/5.

ولـدت البنت أولادا. وذلك مخالف للفقه، لا يساير مذهبا من المذاهب المعروفة. لأن من يقول ببطلان الوصية بالقتل لا يشترط بلوغ القاتل خمس عشرة سنة، ومن يقول بصحتها لا يقول ببطلانها إذا كان القاتل ابن خمس عشرة سنة.

ونشير في الأخير إلى نقطتين:

الأولـى: أن القتل المانع من الوصية عند القائلين به هو قتل الموصى له الموصي. أمـا إذا قـتله ولـد الموصى له، أو والده، أو زوجه فإن الوصية لا تبطل بذلك، لأن علة بطلان الوصـية بالقـتل هـي اتهام القاتل باستعجال وصيته. وهي غير موجودة، إذا كان القاتل غير الموصى له، لأنه ليس له ما يستعجل، ولأن الموصى له لم يفعل شيئا فلا تبطل وصـيته بجناية غيره[1]. أخذا بقوله تعالى: ولا تكسب كل نفس إلا عليها. ولا تزر وازرة وزر أخرى[2].

والثانـية أن الوصـية الحكمية ليست كالوصية الاختيارية في هذا الحكم. فإنها لا تبطل بالقتل مطلقا. فإذا وهب، مريض هبة أو أعطى عطية مبتلة في مرضه، فقتله الموهوب لـه، أو المعطـى لـه عمـدا، أو خطـأ، مباشـرة أو تسـببا، فإن الهبة والعطية لا تبطلان، وتخرجان من الثلث حازها الموهوب له أم لا[3].

وقـال الحنفية ببطلانها ورجوع الموهوب لورثة الواهب سواء كان القتل عمدا أو خطأ[4].

وحجـة القـول الأول انـتفاء تهمـة اسـتعجال الشـيء قبل ابانه، لأنه لو لم يقتله لعـاش وكانـت الهـبة له من رأس المال وفي حالة القتل يأخذها من الثلث، فالقتل أضربه ولم يستفيد منه، ولا يتهم باستعجال الشيء قبل أوانه.

وحجـة الحنفـية عمـوم الأحاديـث السـابقة لـيس لقـاتل شيء، فإنه يشمل الهبة والوصـية و الإرث، وحديـث لا وصـية للقـاتل، فإنـه شـامل للوصـية الحقيقـية والوصية

[1] - انظر الفتاوي الهندية 6/ 91

[2] - من الآية 164 الأنعام..

[3] - انظر الرهوني 239/8 – الذخيرة 7/ 92

[4] - الفتاوي الهندية 400/4.

الحكمية، وهي الهبة في المرض، بناء على صحة استعمال اللفظ في حقيقته ومجازه، وهي أحاديث سبق ردها وتأويلها، فلا يصح الاحتجاج بها.

المطلب الثامن:
في كونه غير وارث للموصي

هذا الشرط من الشروط الأساسية في الوصية، اتفقت المذاهب السنية على اشتراطه، ولم يشترطه بعض الشيعة، ومما ينبني على اشتراطه وعدمه حكم الوصية للوارث، التي نخصص لها هذا المطلب، ونقسمه إلى عدة فروع.

الأول: في حكم الوصية للوارث. والثاني في صورها، والثالث في وقت اعتبار الموصى له وارثا أو غير وارث، والرابع في إجازة الورثة الوصية لوارث. والخامس في الوصية لوارث وأجنبي، والسادس في الاحتيال لنفوذ الوصية لوارث، والسابع في سماع الشهود الوصية للوارث وتلقيها، والثامن فيما يلحق بالوصية للوارث.

الفرع الأول في حكم الوصية لوارث ابتداء وبعد الوقوع:

1 – حكمها ابتداء.

شرع الله المواريث وقسمها بين أهلها، وتولى ذلك بنفسه، ولم يكله إلى ملك ولا نبي، كما قال صلى الله عليه وسلم"إن الله لم يكل قسمة مواريثكم إلى ملك مقرب. ولا لنبي مرسل، ولكن تولى قسمتها بنفسه[1]. وأكد على التمسك بتلك القسمة. وحذر من مخالفتها أو تجاوزها. فقال تعالى بعد ذكر المواريث: ﴿**تلك حدود الله، ومن يطع الله ورسوله ندخله جنات تجري من تحتها الأنهار خالدين فيها، وذلك الفوز العظيم، ومن يعص الله ورسوله ويتعد حدوده ندخله نارا خالدا فيها، وله عذاب مهين**﴾[2].

[1] - اورده الفقهاء في كتبهم انظر البهجة 358/2 – حاشية الوزاني على التاودي. ج 3 كراسة 65 – ص 7
[2] - الاية 13 – 14 النساء

وفي نطاق المحافظة على هذه القسمة، ومنع الناس من تغييرها، أو التحايل عليها بإفراغها من محتواها، منع الإسلام الوصية للوارث: وقال عليه الصلاة والسلام. لا وصية لوارث.

ومن هنا أجمع المسلمون ومن يعتد بهم من الفقهاء على منع الوصية لوارث بقليل أو كثير، وإن اختلفوا في تحريم ذلك وكراهته. وحجتهم في ذلك السنة والاجماع والنظر.

أما السنة فالحديث السابق. وهو حديث رواه جماعة من الصحابة، واخرجه أصحاب السنن، وتلقاه العلماء بالقبول، وأشار الشافعي وابن حزم إلى تواتره[1].

وأما الإجماع فقد حكاه الشافعي وابن المنذر وابن عبد البر والقرطبي وغيرهم[2].

وأما النظر فإن جواز الوصية للوارث يؤدي إلى إبطال الحكمة من توزيع الإرث، ويمكن الموصي من توزيع الإرث كما يشاء. يعطي من أحب، ويحرم من أحب، حسب شهوته وهواه، فلا تبقى فائدة في تشريع الإرث، ولان تفضيل بعض الورثة على بعض بالوصية له يخلق بينهم العداوة والحسد، فيمنع، كما منع تفضيل بعض الأولاد على بعض في حال الحياة، في حديث النعمان بن بشير[3].

وشذ بعض الشيعة فأجازوا الوصية للوارث، أحب الورثة أم كرهوا. إذا كانت في حدود الثلث. وقد احتج بعضهم لذلك بآية الوصية في البقرة: **الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف**[4]. فإنها تعم الوارثين وغيرهم، لأن الجمع المعرف بال يفيد العموم.

كما احتج بعض آخر بالقاعدة الأصولية: إذ نسخ الوجوب بقي الجواز، وربما قال بعضهم، نسخ الوجوب لا يقتضي المنع[5].

---

1 - رواه أصحاب السنن انظر نيل الأوطار 40/6 – والفتح 372/5.

2 - راجع كتاب الاجماع لابن المنذر 81. – المغني 6/6 – المحلى 316/9. الفتح 104/4.

3 - رواه الجماعة بالفاظ مختلفة –انظر نيل الأوطار 6/6 – الفتح 211/5.

4 - من الآية 180 البقرة.

5 - نيل الأوطار 41/6 – سبل السلام 131 – المحلي 83/1.

كما احتج بعض المتأخرين[1] بالقياس على الأجنبي. فإنه إذا جازت الوصية للأجنبي كان جوازها للوارث أولى وأحرى، لمكافأته على إحسانه، ومعونته له[2]، وبحاجة الناس إليها[3]. وبأن الحكمة من مشروعية الوصية تحقيق مصالح الناس.

وقد تكون مصلحة الموصي في الوصية لبعض ورثته، لصغره، أو فقره، أو بروره به، أو لمرضه وحاجته إلى الدواء. كما قد تكون مصلحته في حرمان بعض الورثة، لعقوقه، وسوء معاملته. فلا تطيب نفسه بالتسوية بينه وبين من بره، وأحسن إليه.

وأجابوا عن حديث لا وصية لوارث بأنه خبر آحاد، لا يفيد إلا الظن، ولا يصح أن يكون ناسخا للآية الكريمة التي تفيد القطع.

وتأولوه على أن معناه لا وصية لوارث في الثلثين، بمعنى أنه يجوز له أن يوصي له في الثلث، ولا يوصي له في الثلثين الباقيين الزائدين على الثلث[1].

وهي أدلة لا تقوم بها حجة، ولا تصح لاثبات حكم شرعي، كما يتبين من مناقشتها.

1 – أما آية الوصية فاجماع المسلمين منعقد على نسخها في حق الورثة، والخلاف بين العلماء محصور في أمرين هل نسخت كلها؟ أو نسخت في حق من يرث، وبقيت في حق من لا يرث. والثاني في تعيين ناسخها. ولا قائل بأنها محكمة فيمن يرث ومن لا يرث[2]. فالاحتجاج بها مع الاجماع على نسخها في حق الوارث خطأ، وجهل بأن المنسوخ لا يحتج به.

وعلى تسليم عدم نسخها فإن التمسك بها يقتضي من المستدلين بها القول بوجوب الوصية للوارث، لا جوازها فقط، لأن الآية صريحة أو ظاهرة في الوجوب، فلماذا لا يقولون بوجوبها إذا كانت لم تنسخ في حق الوارث كما يقولون.

2 – وأما الاستدلال بالقاعدة الأصولية إذا نسخ بقي الجواز. فهو خطأ في فهم القاعدة، وسوء تطبيق لها، فإن موضوع القاعدة إذا كان النسخ مبهما، ليس في الناسخ

---

1 - راجع أحكام الأوقاف والوصايا في الشريعة الإسلامية لدفراج ص 138 – وما بعدها.

2 - راجع الناسخ والمنسوخ لابن العربي 17/2 – الجامع لأحكام القرآن 176/2 .

بيان حكم المنسوخ، كما لو قال الشارع: نسخ وجوب الوصية للوالدين[1]. ففي مثل هذه الحالة يقع السؤال عن حكم الوصية بعد نسخ وجوبها، لسكوت الناسخ عن حكم المنسوخ. ويأتي القول حينئذ بأن نسخ الوجوب لا يقتضي المنع. أو إذا نسخ الوجوب بقي الجواز.

والأمر هنا بخلاف ذلك، فإن الناسخ بين حكم المنسوخ بصراحة، في قوله عليه الصلاة والسلام: لا وصية لوارث، فلا مجال هنا للقول بأن الوجوب إذا نسخ بقي الجواز، ولا للقول بأن نسخ الوجوب لا يقتضي المنع.

بالإضافة إلى أنه يمكن رد هذا بمسلك آخر، وهو إذا كان لا يقتضي المنع فهو أيضا لا يقتضي الجواز، فلابد من دليل على الجواز، ولا يكفي القول بأن الأصل في الأشياء الإباحة. لأن الأصل في الوصية المنع كما سبق، لأنها تصرف بعد فقدان أهلية التصرف.

3 – وما الاستدلال بالقياس، أي قياس الوارث على الأجنبي كما قيل. فهو مردود. لأنه قياس في محل النص، وهو حديث لا وصية لوارث، فهو فاسد الاعتبار، لا تقوم به حجة، كما يقول الأصوليون.[2]

4 – وأما القول بحاجة الناس إلى الوصية لوارثهم. وأنها تحقق مصالحهم في إيصال النفع لمن يحبون، وحرمان من لا يحبون، ممن أحسن إليهم، أو أساء من ورثتهم. كما يستجيب لرغبتهم في عدم التسوية بين من برهم، ومن عقهم في حياتهم، فهو كلام لا يفيد، ولا ينبغي أن يقال.

أولا: لأنه انتقاد ضمني لتسوية الإسلام بين البار والعاق في الميراث والوصية.

وثانيا: لأن الحكمة من الوصية كما بينها الله ورسوله في الأحاديث النبوية والقدسية السابقة هي تمكين الإنسان من الإكثار من الحسنات وتكفير السيآت، وهي حكمة منصوصة لا حاجة لاستنباط حكمة لا دليل عليها. وتتناقض مع روح الشريعة الإسلامية

---

[1] - راجع المحلي وحواشيه 83/1 – التنقيح للقرافي ص 141 – 142.

[2] - المحلي 134/2- 146 – 188.

التي تدعو إلى المحافظة على وحدة العائلة وتماسكها.وقطع أسباب العداوة والشحناء بينها.

وليس من حكمة الوصية تمكين الإنسان من الانتقام من أهله، وإشعال نار الحسد والعداوة بينهم، وتوديعهم بهذا التصرف المنحاز، الذي منع الرسول صلى الله عليه وسلم الإنسان من سلوكه في حال حياته، وصحته وقدرته على تدارك الأمر، حين رد عطية والد النعمان لبعض ولده دون بعض، وأبى أن يشهد على ذلك، وقال له: أشهد على، هذا غيري، إني لا أشهد على جور —اعدلوا بين أبنائكم-. إن القول بأن الحكمة من الوصية تمكين الناس من تحقيق مصالحهم التي قد تكون في الإحسان إلى من يراه الموصي أهلا لإحسانه، وحرمان من يراه أهلا لمعاقبته قول يجانب الصواب، وتفوح منه روح الأنانية وحب الذات. والتمسك بالمال حتى آخر لحظة من الحياة.

يضاف إلى ذلك أن الوصية التي تقوم على أساس المكافأة ورد الجميل، والرغبة في معاقبة من يريد، هي وصية بعيدة عن الوصية الشرعية التي جاء بها الإسلام، وهي التي تكون للتقرب إلى الله بالمال لزيادة العمل والأجر، أما الوصية المكافئة فلا يراد بها وجه الله. ولا يتحقق فيها الإخلاص، والله لا يقبل من العمل إلا ما كان خالصا لوجهه.

وتبقى مناقشة ردهم الاستدلال بحديث لا وصية لوارث،وقولهم أنه خبر آحاد، لا يصلح أن يكون ناسخا لآية الوصية، لأنه لايفيد إلا الظن، والآية تفيد القطع فنقول: أولا الحديث قال غير واحد: إنه متواتر لفظا، وقال بعضهم: إنه متواتر معنى[1]. وعلى تقدير عدم تواتره فلا مانع من نسخ الآية بخبر الآحاد، لأن كلا منهما وحي من الله تعالى، كما قال تعالى: ﴿**وما ينطق عن الهوى إن هو إلا وحي يوحى**﴾[2].ولأن المنسوخ هو المعنى والمدلول، وهو ظني أيضا، فهو من باب نسخ الظني بالظني، لأن دلالة الآية على معناها ظنية، وإن كانت ألفاظها قطعية. ولكن المنسوخ معناها ومدلولها. وهو ظني، لقاعدة أن دلالة العام على أفراده ظنية[3].

1 - راجع الفتح 372/5 المحلى 316/9.

2 - من الآية 4 / النجم

3 - راجع المحلى 213/1.

وأما حمل الحديث على أن معناه لا وصية لوارث في الثلثين الزائدين فهو في منتهى التعسف، إن لم يكن جهلا بكلام العرب.

ذلك أن قوله عليه الصلاة والسلام: (إن الله أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث)، نص واضح في أن المقصود لا وصية لوارث بشيء زائد على حقه، ليلا يأخذ بالوصية أكثر من حقه، فيؤدي ذلك إلى تغيير نصيبه المقدر له شرعا، كما يؤدي إلى الاضرار بالورثة، واحتجاجهم بأنه أخذ أكثر من حقه. لأن من حقهم أن لا يفضل عليهم بعد الوفاة. كما لا يحق أن يفضل عليهم في الحياة، فالحديث ظاهر وصريح في أن الوصية الممنوعة للوارث هي الوصية في الثلث. لأنه المعنى المتبادر للفهم عند سماع هذا الكلام، ولأن الوصية في الثلثين أي فيما زاد على الثلث هي ممنوعة للوارث وغيره، معروفة من نص آخر، وهو(الثلث والثلث كثير، أو كبير)، فلا فائدة في النص على منعها للوارث وحده، مع ما في ذلك من إيهام جوازها لغير الوارث بدلالة المفهوم. ولأن الوصية عند سماعها تنصرف للوصية بشيء غير الميراث ولو يسيرا، فحملها على الوصية له بأكثر من الثلث لتكون وصية له في الثلثين تحريف للنص لا مسوغ له ولا دليل عليه.

والاستدلال له بزيادة إلا أن يشاء الورثة بدعوى أن حق الورثة في الثلثين خاصة فلما جعل الخيار لهم علم أن الوصية الممنوعة هي الوصية له في الثلثين هو استدلال غير صحيح.

أولا لأنها غير صحيحة[1]. وثانيا لا يسلم أنه لا حق للورثة في غير الثلثين بل من حقهم أن لا يفضل عليهم بشيء، وثالثا الوصية في الحديث نكرة في سياق النفي وهي نص في العموم لبنائها على الفتح. فتعم الوصية بالثلث وبأقل وبأكثر، كل ذلك لا يجوز لوارث إلا برضا الورثة.

- حكمها بعد وقوعها:

اختلف القائلون بمنع الوصية لوارث في حكمها إذا وقعت، فقال جمهور الفقهاء هي صحيحة، موقوفة على إجازة الورثة، فإن أجازوها جازت، وإن ردوها ردت. وإن

---

[1] - راجع المحلى 9/372 – 373.

أجـاز بعضهم دون بعض فمن أجاز لزمه نصيبه فقط ومن رد فلا شيء عليه ومشى خليل على القول ببطلانها إلا أن يجيزها الورثة[1].

وقال الظاهرية الوصية باطلة، وليس للورثة إجازتها، لوقوعها باطلة، والباطل لا يقبل الإجازة. وهو قول بعض المالكية وبعض الشافعية[2].

وسبب الخلاف ثلاثة أشياء:

1 -اختلاف الـروايات والأحاديث، فهناك الحديث السابق، لا وصية لوارث، وحديث ابـن عـباس، لا تجوز وصية لوارث إلا إن يشاء الورثة[3]. وحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عـن جـده (لا وصـية لـوارث إلا أن يجـيز الورثة)[4]. فإن حديث لا وصية لوارث يقتضـي بطلانهـا. أجازها الورثة أم لا. لأنه عام في جميع الوصايا وجميع الأحوال، في حـين حديـث ابن عباس يقتضي صحتها إذا أجازها الورثة. لقوله إلا أن يشاء الورثة، والاسـتثناء مـن الـنفي إثبات، فتكون الوصية لوارث مع الإجازة صحيحة. وهذا خاص. وحديـث لا وصية لوارث عام، والخاص مقدم على العام، ومثل هذا يجري في زيادة عمرو بـن شـعيب، إلا أن يجيز الورثـة. فمـن اعتمد حديث ابن عباس، وقبل زيادة عمرو بن شعيب إلا أن يجيز الورثـة، قـال: "هـي وصـية صـحيحة موقوفـة علـى إجازة الورثة، وخصـص عموم حديث لا وصية لوارث بهذه الزيادة، تقديما للخاص على العام، ومن رد ذلـك ولم يقبل الزيادة قال:" الوصية باطلة، ولو أجازها الورثة، متمسكا بعموم لا وصية لوارث. فإنه شامل للوصية التي أجازها الورثة، والتي لم يجيزوها".

السـبب الـثاني الاحـتمال الموجود في نص الحديث (لا وصية لوارث) فإن ظاهره نفـي وجـود الوصـية للـوارث، وعدم وقوعها في الخارج، وهذا الظاهر غير مراد. لما يلزم علـيه مـن الكـذب المحال في حقه عليه الصلاة والسلام، ضرورة أن بعض الناس يوصون لوارثهم، ولأنه صلى الله عليه وسلم بعث لبيان الشرعيات، ولم يبعث لبيان الحسيات.

---

1 - راجع التلقين ص 168 – الزرقاني 179/8.

2 - انظر المغني 6/6 – نهاية المحتاج وحواشيه 48/6 – الزرقاني 179/8 – المحلى 316/9 - الرهوني 242/8.

3 - رواه الدارقطني – نيل الأوطار 40/6 – سنن الدراقطني: 98/4.

4 - رواه الدارقطني – نيل الأطار 40/6 – سنن الدارقطني 98/4

وإذا كـان هـذا الظاهر غير مراد فيجب تقدير محذوف في الكلام لتوقف الصدق علـيه، وهـو متردد بين الصحة واللزوم، يحتمل لا وصية صحيحة، ويحتمل لا وصية لازمة نـافذة، فمـن رجـح الأول قال الحديث نفي لصحة الوصية. ومن قدر الثاني قال: هو نفي لـنفوذها ولـزومها، وذلـك لا يـنافى صـحتها فهي صحيحة غير لازمة، لانعقادها ممن له أهلية عقدها.

ومما يرجح الاحتمال الأول، لا وصية صحيحة.

1 – حديث لا تجوز وصية لوارث، فإن نفي الجواز يدل على التحريم، والتحريم يدل على الفساد.

2 – أن الحديث وإن كان مترددا بين مجازين: نفي الصحة، ونفي اللزوم، إلا أن نفي الصحة أقرب لنفي الذات من نفي اللزوم، وحمل اللفظ على المجاز القريب أولى من حمله على المجاز البعيد.

السـبب الثالث الخلاف في علة النهي عن الوصية لوارث، هل هو لحق الورثة، أو لحـق اللـه. فمـن رأى أنـه لحق الورثة قال: الوصية صحيحة موقوفة على إجازتهم. فإذا أجازوها جازت. لأن الحق لهم وقد أسقطوه.

ومـن رأى المـنع تعـبدا، ولحق الله قال ببطلانها، وإن أجازها الورثة، لأن الحق لله، فلا يسقط بإسقاط أحد.

والخلاصة أن القول بمنع الوصية لوارث إلا بإجازة الورثة هو الحق الصحيح التي دلت عليه السنة وإجماع الأمة, وأن القول ببطلانها وإن أجازها الورثة ضعيف، كما أن القـول بجوازهـا ولـزومها أحـب الورثـة أم كـرهوا اجـتهاد فاسد، وخطأ واضح، وخرق لاجماع ثابت سابق، واجحاف بحق الورثة، واشعال نار الفتنة بينهم، وعودة إلى الجاهلية الأولـى. فقـد يوصـي الـرجل لابـنه بالثلـث، ويترك ابنا وبنتا، فيأخذ الابن سبعة اتساع التركـة، وتـأخذ البنت تسعين, وبذلك يتوصل إلى تقليل نصيبها حين وجد نفسه عاجزا عـن حـرمانها، وقـد أخـذ القـانون المغـربي برأي الجمهور في الفصل 179 حين جعل من شـروط الموصـى لـه أن لا تكـون لـه صفة الوارث، كما أخذ به القانون السوري في المادة 238- حيـث يقـول: لا تـنفذ للوارث ولا بما زاد على الثلث إلا إذا أجازها الورثة. في

حين أخذ القانون المصري بالرأي الثلث القائل بجوازها وإن لم يجزها الورثة حيث يقول في المادة 37 تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره وتنفذ من غير إجازة الورثة.

ونشير في الأخير إلى أن مذهب الحنفية جواز وصية أحد الزوجين للآخر إذا لم يكن معه وارث آخر، ومن هنا قالوا: إذا أوصت الزوجة لزوجها بجميع المال، ولا وارث لها فإن الزوج يأخذ الكل: النصف بالإرث، والنصف بالوصية، بناء على أن المنع من الوصية لحق الورثة، وعلى جواز الوصية بأكثر من الثلث إذا لم يكن وارث يحوز المال[1].

الفرع الثاني في صور الوصية لوارث:

الحكمة من منع الوصية للوارث إلا بإجازة الورثة هي أن لا يتوصل الانسان بوصيته إلى إيثار بعض الورثة. وتفضيل بعضهم على بعض، وتغيير المواريث الشرعية.

ولهذا لم يقصر الفقهاء المنع على صورة معينة، أو حالة خاصة، وطردوه في كل حالة يتأكد فيها من نيته الفاسدة، وقصده السيئ، فمنعوه من الوصية له مباشرة أو بواسطة، ومن الوصية له صراحة. أو حكما، وبتا. أو تعليقا، واستقلالا. أو اشتراكا.

ولذلك نقسم هذا الفرع إلى نقط: الأولى في الوصية له مباشرة، والثانية في الوصية له بواسطة، والثالثة في الوصية له تعليقا.

المسألة الأولى في الوصية له مباشرة.

الوصية للوارث قد تكون لبعض الورثة دون بعض، وقد تكون لجميعهم بخلاف حصصهم في الإرث، مثل الوصية بتسوية الذكر بالأنثى، أو تفضيلها عليه، أو بقدر حصصهم على الشياع، كما قد تكون لكل واحد شيء بعينه من التركة فهي صور خمسة:

1- أن يوصي لبعضهم دون بعض.

2- أن يوصي لجميع الورثة بخلاف حصصهم مثل إيصائه للزوجة بالنصف، أو تسوية الأنثى بالذكر، أو تفضيلها.

---

[1] - راجع الفتاوي الهندية 117/6 والفتاوي الخانية 439/6.

3- أن يوصي لهم بقدر حصصهم في الإرث على الشياع مثل الوصية للزوجة بالثمن، وأولاده للذكر مثل حظ الأنثيين.

4- أن يوصي لكل واحد منهم بشيء بعينه من التركة قدر نصيبه من الميراث، كمن ترك دارا وضيعة وقيمتهما سواء، أو دارين متحدثي القيمة. وترك ولدين، فأوصى لأحدهما بالأرض، وللآخر بالدار، أو أوصى لأحدهما بهذه الدار، وللآخر بالدار الأخرى. وكمن ترك دارا قيمتها ألف، ومعملا قيمته ألفان، فأوصى لأبنته بالدار، ولولده بالمعمل، ونحو ذلك.

5- أن يوصي لوارث ليس له وارث آخر غيره.

وهذه الصور كلها يشملها عموم لا وصية لوارث، لأن النكرة المنفية للعموم. فتشمل الوصية لبعض دون بعض، والوصية لجميعهم بخلاف أنصبتهم. وبقدرها. والوصية لكل واحد بعين يخصه بها، والوصية لوارث لا وارث معه لأن جميع ذلك وصية لوارث يشملها عموم الحديث.

وقد سبق الخلاف في الوصية لبعض دون بعض، وأن الصحيح صحتها، ووقفها على إجازة الورثة مطلقا، أوصى له بشائع، أو معين قدر حصته، أو أقل أو أكثر.

وأما الوصية لجميعهم بخلاف حصصهم فهي زيادة على أنها وصية لوارث بالنسبة لمن أوصى له بأكثر من نصيبه. فإنها وصية ظاهرة في معاكسة الشرع ومخالفته. والقواعد تقتضي فسادها وردها لحديث، (من أحدث في أمرنا هذا ما ليس فيه فهو رد)[1]. إلا أن الفقهاء ألحقوها بالقسم الأول، وقالوا بصحتها وتخيير المتضرر في إجازتها وردها[2]. على الخلاف السابق.

وأما الثالثة، الوصية لهم بقدر حصصهم، فإنها مستغنى عنها، ولا فائدة فيها، فتلغى إلا أنه لا إثم على الموصي في هذه الحالة لموافقته الشرع وعدم مخالفته[3].

---

1 - رواه البخاري الفتح 301/5.

2 - راجع الزرقاني 179/8.

3 - انظر نهاية المحتاج وحواشيه 49/6. الشرقاوي 77/2 – مواهب الخلاف 280/2.

وأما الرابعة التي يوصي فيها لكل واحد بمعين قدر حصته، فقد اختلف فيها على قولين[1].

الأول أنها صحيحة موقوفة على إجازة الورثة وهو الأصح عند الشافعية، والحنابلة، وقول المالكية والحنفية.

والثاني أنها لازمة لا خيار للورثة فيها، وهو قول بعض الشافعية وبعض الحنابلة.

وسبب الخلاف هو اختلاف الفقهاء في تكييف حق الورثة في التركة هل يتعلق بأعيانها، أو بقيمتها؟

فمن قال: حق الورثة يتعلق بأعيان التركة، قال الورثة بالخيار، والوصية غير لازمة، لتعلق حق الوارث بعين ما أوصى به لغيره. ولأن هذه قسمة فضولي على غيره، لأن الميت يزول ملكه بموته، وينتقل لورثته، فلا تصح قسمته عليهم، ومن قال حق الورثة يتعلق بالقيمة المالية للتركة قال: الوصية لازمة، لأن كل وارث أعطي قيمة نصيبه، لا كلام له في عين ما أخذه غيره، بدليل أن المريض يجوز له في مرضه أن يبيع التركة كلها لأجنبي، ما لم تكن محاباة، ولا خيار للورثة حينئذ.

والأول هو الراجح، لعموم لا وصية لوارث، وهذه وصية لوارث، وبهذا أفتى المالكية في من قسم ماله في مرضه بين أولاده، وسلم كل واحد نصيبه. وإذا لم تلزم في حياته لا تلزم بعد موته بالأحرى لأن الأولى وصية حكمية مختلف فيها، وهذه وصية اختيارية متفق عليها.

وقد أخذ القانون المصري (م 13) والسوري (م219) بالرأي الثاني القائل بصحة الوصية ولزومها من غير إجازة الورثة، إذا كان ما عين لكل واحد من الورثة قدر نصيبه من الميراث. وإن كان أكثر فالزائد وصية لوارث تمضي في حدود الثلث حسب القانون المصري الذي يجيز الوصية لوارث بغير إجازة الورثة. وتتوقف على إجازة الورثة حسب القانون السوري الذي لا يجيز الوصية لوارث إلا بإجازة الورثة.

في حين اكتفى القانون المغربي في الفصل 176 – بالنص على أنه لا وصية لوارث. والفصل 179 – على أنه يشترط في الموصى له أن لاتكون له صفة الوارث. وفي

---

[1] - راجع المغني 7/6 – مجموع فتاوي ابن تيمية 318/3. النوازل الصغرى 31/2. – نهاية المحتاج وحواشيه 49/6.

الفصل 200 على لزوم الوصية لوارث إذا أجازها الورثة، فدلت هذه النصوص مجتمعة على أن الوصية لكل وارث بعين تخصه غير لازمة سواء أوصى لكل واحد بقدر نصيبه، أو أقل، أو أكثر، لأنها في الجميع وصية لوارث، وهو أوفق بعموم الحديث، وأعدل، وأسلم من تهمة التحيز لبعض الورثة على حساب البعض، عكس القانون المصري الذي أتاح للإنسان هذه الفرصة مرتين، فهو يستطيع إيثار المحظوظ عنده من الورثة أن يؤثره بأفضل أملاكه وأنفعها، وأن يؤثره بأكثر من نصيبه في حدود ثلث التركة، فلا يترك لغيره إلا ما لا رغبة فيه، وذلك كما قلنا سابقا عودة إلى الجاهلية الأولى، التي قضى عليها الإسلام بشرع الإرث. ومنع الوصية للوارث، وتأخير القسمة إلى ما بعد الموت، حماية لحقوق جميع الورثة، وتحريرا لهم من استغلال الموصي لهم في حياته، تحت ضغوط الوصية بالقسمة، وتفضيل بعضهم على بعض، أو الضغط على الموصي نفسه في آخر عمره وضعفه لفعل ذلك.

وتبقى الصورة الخامسة والأخيرة وهي الوصية لوارث إذا لم يكن معه وارث غيره، ومذهب المالكية بطلان الوصية، لأنه إن كان يحوز الميراث فلا فائدة فيها، وإن كان لا يحوزه كبنت، أو أخت، أو زوج أو زوجة بطلت، لأن ما زاد على نصيبه لبيت المال، ولا حق للإمام في إجازة الوصية لوارث، أو بما زاد على الثلث[1].

وقال الحنفية تصح وصية أحد الزوجين للآخر ولو بجميع المال، بناء على أصلهم في أن المنع من الوصية للوارث، وبأكثر من الثلث لحق الورثة، فإذا لم يكن مع الموصى له غيره لم يكن هناك حق لأحد فتصح الوصية.

كما أنه إذا كان الموصى له غير زوج أو زوجة، فإن الوصية لا حاجة لها، لأنه يأخذ الباقي عن حقه إما بالرد أو بالرحم بناء على مذهبهم في توريث ذوي الأرحام والقول بالرد عند عدمهم[2].

المسألة الثانية الوصية للوارث بواسطة.

قد يقصد الموصي الوصية لوارثه، ويخشى من رد الورثة لها، فيحتال بوجه من الوجوه لإيصال وصيته لوارثه، من غير أن تكون الوصية له مباشرة، فيوصي لغيره، ونيته

[1] - راجع الرهوني والاختصار 256/8. الأمر 114/4

[2] - راجع الهندية 117/6.

وارثـه، وقـد مـنع الإسـلام هـذه الوصـية علـى هذا الشكل، وهو ما يعرف عند الفقهاء بالتوليج في الوصية، ويتجلى ذلك في صور وحالات نذكر منها.

1 – الوصـية لمديـن الـوارث إذا كان المدين معسرا، وقد اختلف فيها الفقهاء، فأجازهـا الجمهـور، ومـنعها أبـو يوسـف، وحجته القياس على الوصية لعبد وارثه، لأنه ينتفع بها، ويستوفي ديونه منها.

وحجة الجمهور أنها وصية لأجنبي، فتصح، أخذا بمفهوم (لا وصية لوارث) وأنها تخالف الوصية لعبد الوارث، فلا يصح قياسها عليها، لأن الوارث المالك للعبد له انتزاع مـال عـبده بـدون مقـابل، ويملكه بذلك ملكا تاما، فالوصية للعبد وصية لوارثه، بخلاف المديـن، فـإن الـوارث الدائن ليس له، انتزاع الوصية من المدين، وفي حال دفعها له فإنها تعـود إلـيه في مقـابل ديـنه، والمديـن اسـتفاد منها بقضاء دينه. وإبراء ذمته بخلاف عبد الـوارث إذا وصـي لـه، لأنـه معـبر لمرور الوصية لسيده، دون نفع يلحق العبد[1]. فسبب الخلاف تعارض الأثر والنظر.

2 - الوصـية لولـد وارثه وهي وصية صحيحة، لا سبيل لردها. لأنها وصية لغير وارث، وتندرج في عموم قوله تعالى: ﴿**الوصية للوالدين والأقربين**﴾[2]. بناء على شمول الأقـربين للأحفـاد، وقـد أوصـى الزبير لأولاد ولده عبد الله رضي الله عنهما، ولم ينكر عليه أحد من الصحابة

لكـن الـباجي نقـل عـن الشافعي، وأبي حنيفة منعها ورد عليهما بأن هذا تعلق بالذرائع[3].

بينما المنصوص عليه في كتب الحنفية والشافعية صحتها[4].

وروي عـن طـاووس أنـه قـال في قولـه تعالى: ﴿**فمن خاف من موص جنفا.**﴾أن

---

1 - انظر المغني 7/6 – المحلى 330/9.
2 - من الآية 180 البقرة.
3 - المنتقى 138/6.
4 - انظر الأم – 114/4.

يوصي لولد ابنته، وهو يريد ابنته[1]. وقد وافق المالكية والحنابلة على منع ذلك بين العبد وربه، إلا أنهم لم يبطلوا الوصية بذلك إن لم يثبت فيها التوليج.

3 - الوصية لمن يصرفها على بعض الورثة, أو يردها إليه بعد موت الموصي، مثل الوصية لأم زوجته، أو زوجته الكافرة، لينفقوا ذلك على بعض أولاده، أو يردوه إليه بعد موته. وهي وصية باطلة إذا ثبت تواطؤ الموصي والموصى له على ذلك، حين الوصية أو قبلها، إما باشتراط ذلك في الوصية ووثيقتها، وإما بالسماع الفاشي، وإما بإقرار الموصى له بذلك[2].

فإن لم يثبت ذلك فالوصية صحيحة، يفعل بها الموصى له ما شاء من إمساكها لنفسه، أو إنفاقها على بعض الورثة، أو ردها له، وقد أوصى البراء بن معرور لرسول الله صلى الله عليه وسلم بثلثه، فقبله. ورده على ورثته، سواء كان الموصي له غنيا. أو فقيرا، ووجهه أن هبة الوصية لبعض الورثة بعد قبضها هبة مبتدأة، ليس فيها ما يدل على التوليج[3].

واختلف إذا اتهم الورثة الموصى له باتفاقه مع الموصي على إنفاق الوصية على بعض الورثة، أو ردها له، فقال جماعة لا يمين على الموصى له، وقال آخرون يحلف على نفي ذلك[4]. فإن حلف ثبتت الوصية، وإن نكل بطلت بمجرد نكوله، على قاعدة يمين التهمة أنها لا تنقلب.

ومنشأ الخلاف اختلاف الفقهاء في يمين التهمة، هل تتوجه على المتهم أم لا؟ فمن قال بتوجهها الزم الموصى له اليمين، ومن قال بعدم توجهها لم يوجب عليه اليمين.

ولهذا اتفقوا على أن الورثة إذا حققوا الدعوى على الموصى له وجب عليه الحلف، لحديث (البينة على المدعي، واليمين على من أنكر) [5]. فإن حلف ثبتت الوصية،

---

[1] - انظر أحكام القرآن للجصاص 171/1- الرهوني والاختصار 232/8 – المعيار 367/9 – المغني 7/6.

[2] - انظر المعيار 488/9 – 249 – البهجة 286/2.

[3] - المنتقي 178/6.

[4] - نفس المرجع والصفحة وانظر المعيار 292/9 – الذخيرة 37/7 .

[5] - رواه البيهقي نيل الأوطار 305/8.

وإن نكـل حلـف الورثـة وبطلت الوصية، وإن نكلوا ثبتت الوصية، عملا بقاعدتي قلب يمين التحقيق، وأن النكول بالنكول تصديق للناكل الأول.

4– الوصـية لمـن يـتزوج ابنـته، أو أخته الوارثة، ونحو ذلك، وقد اختلف فيها فتاوي المالكية، فأفتى فيها السيوري مرة بصحتها، وأفتى مرة أخرى ببطلانها[1].

5– ضـمان صـداق ابنـته في مرضـه، وقـد اخـتلف فيها بالصحة وبالبطلان، مثل التي قبلها، وإن كانت هذه وصية حكمية، والتي قبلها وصية حقيقية.

ووجـه القـول بالـبطلان فـيهما انـتفاع الوارثـة من الوصية فيهما، ووجه القول بالصـحة أنهـا وصية للزوج، وهو المستفيد منها الأصلي، وهو أجنبي غير وارث، فتصح الوصية له[2].

المسألة الثالثة في الوصية له تعليقا.

قـد تكـون الوصـية للـوارث بـتلا مـن غـير ترديد، كالذي يوصي لابنه من غير تـرديد، وقـد تكـون الوصـية لـه مـترددة بيـنه وبين غيره، معلقة على إجازة الورثة، ولها صورتان:

الأولى أن يوصي لوارثه وإن لم يجزها الورثة فهي للفقراء، أو غيرهم من جهات البر، كأن يقول داري أو ثلثي لزوجتي. وإن لم يقبل الورثة فهي للمسجد، أو لابن عمي، فهـي وصـية مـترددة بـين الـوارث وبين غيره، وقد اختلف فيها قول مالك وأصحابه على قولين:

الأول: أنهـا وصية باطلة ولو أجازها الورثة، ولا تكون للوارث، ولا لغيره ممن جعلهـا لـه، لمـا فيها من قصد الضرر، لأن الموصي بوصيته على هذا الشكل يريد أن لا يـترك الموصـى بـه للورثة بأي وجه، فإما أن يأخذه وارثه، وإما أن يكون لغيرهم، ويحرم منه جميع الورثة، وهذا عين الضرر المنهى عنه في قوله تعالى: ﴿**من بعد وصية يوصي بها أودين غير مضار**﴾[3].

---

[1] - المعيار 342/10 - 432

[2] - الذخيرة 13/7.

[3] - من الآية 11 النساء.

وفي عموم الحديث (لا ضرر ولا ضرار) [1].

والقول الثاني أنها صحيحة، موقوفة على إجازة الورثة، فإن أجازوها جازت، لأن الحق للورثة، وقد أسقطوه، وإن لم يجيزوها للوارث دفعت لمن سميت له، ولا ترجع ميراثا، وبه قال الشافعي [2].

الصورة الثانية عكس الأولى، وهي أن يقول ثلثي للفقراء إلا أن يجيزه الورثة لزوجتي، أو لولدي مثلا .

والوصية في هذه صحيحة لازمة، أجازها الورثة أم لا يجيزوها، إلا أنهم إذا أجازوها فهي للوارث الذي سماه. وإن لم يجيزوها فهي للفقراء أو من سماهم.

وقال أصبغ: القياس المنع، إلا أني أجيزها استحسانا واتباعا للعلماء [3].

والفرق بين الصورتين أنه في الأولى بدأ بالوصية للوارث، وهي باطلة، وفي الثانية بدأ بغيره، وهي صحيحة، فحكم لكل واحدة بأول الكلام وما بدأ به.

ومن الوصية للوارث وصية الأب لبعض أولاده بمثل ما أنفقه على إخوته في تزويجهم، أو تعليمهم مثلا ، إلا أن يعين لهم شيئا من ماله في حال صحته، ويشهد عليه ويحوزوه فهو لهم. بخلاف ما يعطيه لهم مقابل ذلك في مرض موته، فله حكم الوصية لوارث [4].

الفرع الثالث في وقت اعتبار الموصى له وارثا، أو غير وارث:

الوصية تمليك بعد الموت، لا يستحقها الموصى له إلا بعده، ومن هنا اتفقت المذاهب الأربعة على أن المعتبر في كون الموصى له وارثا، أو غير وارث هو وقت موت الموصي، لا وقت الوصية، فمن كان وارثا يوم الموت ووقته فلا وصية له، إلا أن يجيزها الورثة، ولو كان يوم الوصية غير وارث، ومن كان يوم الموت غير وارث فالوصية له

---

1 - سبق تخريجه.

2 - الام 115/4.

3 - انظر المنتقى 180/6 – الذخيرة 38/7 .

4 - النوازل الصغرى 2/ 31 – 4/ 512 ..

صحيحة، ولو كان يوم الوصية وارثا[1]. وبه أخذ القانون المغربي في الفصل 179. وقال ابن حزم: المعتبر وقت الوصية. فمن كان وقت الوصية وارثا فلا وصية له، ولو صار غير وارث. لأنها وقعت فاسدة، والفاسد لا يقبل التصحيح. كما أن من كان غير وارث وقت الوصية، ثم صار وارثا يومها تبطل وصيته[2].

وحجة الجمهور اتفاق أهل العلم على ذلك[3]. وحديث لا وصية لوارث. فإن لفظ وارث اسم فاعل. وهو حقيقة في حال التلبس بالفعل، ولا يكون وارثا بالفعل إلا بموت الموصي، فدل ذلك على أن العبرة بالوقت الذي يكون فيه وارثا.

ويرد ما قاله ابن حزم أن لفظ الوارث يكون مستعملا في الوارث حالا وقت الوصية، أو مآلا عند وفاة الموصي، فيلزمه استعمال اللفظ في حقيقته ومجازه في آن واحد دون قرينة، ومن غير حاجة.

ومن فروع هذه المسألة.

1 – من أوصى لغير وارث ثم صار وارثا. كمن أوصى لأجنبية، ثم تزوجها، أو أوصت له، ثم تزوجته، أو أوصى لزوجته، أو ابنه الكافرين ثم أسلما. أو أوصى لأخيه مع وجود ولده. ثم مات ولده، ففي هذه الحالات كلها تبطل الوصية، أو تصح وتتوقف على إجازة الورثة على الخلاف السابق في الوصية لوارث، لأن الموصى له صار وارثا يوم الموت.

2 – من أوصى لوارث ثم صار غير وارث وقت الوصية، كمن أوصى لأخيه ثم ولد له، أو أوصى لزوجته ثم طلقها، أو العكس، فإن الوصية تكون صحيحة لازمة عند الجمهور، اعتبارا بوقت الموت، وباطلة عند ابن حزم، واختلف المالكية إذا لم يعلم الموصي أن الموصى له صار غير وارث، فقال ابن القاسم لا تصح الوصية إذا لم يعلم بتغير حال الموصى له قبل موته. وقال أشهب الوصية صحيحة، علم أو لم يعلم.

---

1 - انظر المغنى 15/6 – الذخيرة 15/7 – المدونة 296/4 – المنهاج 49/6 – الفتاوي الهندية 90/6.
2 - المحلى 316/9.
3 - انظر المغني 15/6 – الفتح 375/5

ومن هنا اختلفا فيمن أوصت لزوجها ثم طلقها، ولم تعلم بذلك حتى ماتت. فقال ابن القاسم الوصية باطلة، لاحتمال أنها لو علمت بطلاقها لرجعت في وصيتها، لأنها أوصت له وهو وارث، فلم تقصد الوصية له حقيقة، وكانت هازلة بوصيتها. لعلمها بعدم جوازها، وهذا بخلاف ما لو علمت ولم تغير وصيتها، فإن ذلك دليل على تمسكها بوصيتها له من جهة، ولعدم عذرها بترك الرجوع فيها من جهة أخرى.

وقال أشهب وابن القاسم أيضا بصحتها، علمت أو لم تعلم[1]. وهو أوفق بالقواعد الأصولية والفقهية أ – عموم الحديث. ب – أن الصحة من خطاب الوضع. وهو لا يشترط فيه العلم. ج- أن المعتبر في الصحة في المعاملات موافقة الفعل للشرع في الواقع، وافق اعتقاد المكلف أم لا. د – أن الوصية محمولة على الجواز حتى ترد[2].

3– من تزوج امرأة في مرضه، أو مرضها المخوف، ثم أوصى لها، أو أوصت له، فإن الوصية تصح عند المالكية فيهما، وباطلة عند الشافعية والحنابلة والحنفية.

ومنشأ الخلاف اختلافهم في النكاح في المرض، فمن رآه فاسدا لا توارث فيه قال: الوصية صحيحة، لأنها وصية لغير وارث، ومن رآه نكاحا صحيحا قال: الوصية باطلة، لأنها وصية لوارث.

4– من أوصت لأجنبي، أو أوصى للأجنبية ثم تزوجا في المرض المخوف، وهي مثل الأولى، إلا أن الزواج هنا طارئ على الوصية. وفي التي قبلها الوصية طارئة، والحكم فيهما سواء.

5– من أوصى لزوجته أو أوصت له ثم طلقها في مرض موته، ومذهب المالكية أن الوصية موقوفة على إجازة الورثة، بناء على أن الطلاق في المرض لا يمنع الميراث فهي وصية لوارث.

وقال الحنابلة ليس لها أكثر من ميراثها، لأنه يتهم على أنه طلقها ليوصل إليها ماله بالوصية، فلا ينفذ[3].

---

[1] - الذخيرة 9/27-28 – الزرقاني 8/188- المنتقى 6/139.

[2] - المنتقى 6/139

[3] - المغني 6/16- الذخيرة 7/93 .

6- إذا جرح الوارث مورثه جرحا قاتلا . ثم أوصى له، فإن الوصية تصح عند المالكية إذا كان الجرح عمدا، لأنها وصية لغير وارث، بخلاف الجرح الخطأ، فإنها لا تصح لأنها وصية لوارث، لأن قتل الخطأ لا يمنع الميراث عند المالكية، بخلاف العمد فإنه يمنعه، ولذلك فرقوا بينهما.

وقال الحنفية إذا لم يكن له وارث سواه صحت الوصية له، بناء على أصلهم من جواز الوصية للوارث، إذا لم يكن معه وارث.

الفرع الرابع في إجازة الورثة الوصية لوارث:

ونتحدث فيه عن حكم الإجازة، وتكييفها، وعن وقتها، وشروطها، ومن تلزمه الإجازة، فهي أربع نقط نخصص لكل منها مسألة.

المسالة الأولى في حكم الإجازة وتكييفها

لم يختلف جمهور الفقهاء في توقف الوصية لوارث على إجازة باقي الورثة، واعتبارها شرطا في نفوذ الوصية، فإن أجازوها جازت، وإن ردوها ردت. وإن أجازها بعضهم دون بعض، فمن أجاز لزمته الاجازة في نصيبه. ومن ردها لم يلزمه شيء، وقد دل على ذلك الحديث السابق ولا وصية لوارث، إلا أن يجيز الورثة[1] لأن التعريف في الورثة للجنس الصادق بجميعهم أو بعضهم، وليس التعريف للعموم حتى يفيد توقف الأمر على إجازة الجميع، يؤكد هذا أن الحق في ذلك لهم، فمن أسقطه لزمه اسقاطه، ولا يتوقف على موافقة غيره عليه.

واختلف القائلون بصحة الوصية إذا أجازها الورثة في تفسير هذه الإجازة، وتكييفها على قولين[2].

الأول أنها تنفيذ لوصية الموصي، وأنها بمثابة ترك حقهم في الرد، وهو مذهب الحنفية وبعض المالكية والحنابلة.

---

1 - سبق تخريجه .

2 - راجع المغني 13/6 الرهوني 243/8 – التمهيد 307/14 – بدائع الصنائع 370/7 – نهاية المحتاج 54/6 . – المعيار 367/9. الام 115/4.

والقـول الـثاني أنها ابتداء عطية من الورثة للموصى له، وهو المشهور في مذهب مالك، والأظهر عند الشافعية.

وأرجـع بعضـهم سـبب هـذا الخـلاف إلـى الخـلاف في صـحة الوصـية للـوارث وبطلانهـا، فمـن رآها صحيحة قال هي تنفيذ للوصية، ومن رآها باطلة قال: هي ابتداء عطية، لأن وصية الميت بطلت، وجعل بعضهم الخلاف غير مبني على ذلك[1].

ومما ينبني على هذا الخلاف الاختلاف في مسائل منها.

1 – الاكتفاء من الورثة بالإجازة وعدمه، فمن قال الإجازة تنفيذ. قال يكفي أن يقول الورثة أجزنا الوصية، أو أمضيناها ونحو ذلك، ومن قال: ابتداء عطية، قال: لا بد من إنشاء عقد هبة جديد، بصيغة العطية. بناء على اشتراط لفظ الهبة عندهم[2].

2 – اشـتراط قـبول الموصـى له الإجازة، بعد إجازة الورثة، وقبل حدوث المانع، وعـدم اشـتراطه، فعلـى القـول بأنهـا مجـرد تنفيذ للوصية لا يشترط القبول بعد الإجازة، ويكفي القبول الأول للوصية، وعلى أنها ابتداء عطية لا بد من تجديد القبول.

واخـتار بعض متأخري المالكية أن هذا الشرط لا حاجة إليه، لأن الحيازة تنوب عـنه، وأطـال في الرد على من شرطه، إلا أن الأظهر اشتراطه، فإنه قد تكون الوصية بيد الموصى له قبل إجازة الورثة، إذا كانت بمعين، كدار يسكنها، أو أرض يحرثها أوصي له بهما، فإن هذا الحوز لا يغني عن القبول بعد الاجازة. فإذا أجاز الورثة ولم يحصل منه ما يـدل علـى القـبول حـتى حصـل مانع، فإن الوصية تبطل على المشهور. من أنها ابتداء عطـية، وهـي بمثابة هبة الوديعة والعارية لمن يحوزهما في يده، ولم يقبل حتى مات الواهب أو فلس فإن الهبة تبطل فيهما[3].

3 – اشـتراط القبض معاينة قبل حدوث المانع، وعدم اشتراطه، فعلى أنها تنفيذ لا حاجة للقبض، وعلى أنها ابتداء عطية لا بد فيها من القبض معاينة كالهبة.

---

[1] - راجع الرهوني 241/8 – وبناني 139/8.

[2] - راجع المغني 6/6 .

[3] - راجع البهجة 286/2 – بناني 139/8 – الرهوني 241/8 – الزرقاني 98/7 – 139/8.

ومن هنا اختلف إذا كان الوارث لا دين له، وأجاز الوصية ولم يقبضها الموصى له حتى استدان الوارث، أو مات، فقال مالك غرماء الوارث وورثته أحق بالوصية، لأنها هبة لم تحز، وقال أشهب تنفذ الوصية، بناء على أن الإجازة تنفيذ[1].

4 – منع الوارث المدين من الإجازة وعدم منعه، فعلى أنها تنفيذ لاحق للغرماء في منعه من الإجازة، لأنه لم يعط شيئا، وعلى أنها ابتداء عطية يكون للغرماء الحق في منعه من الإجازة، لأنه محجور عليه، ممنوع من التبرع بماله[2].

5 – جواز اعتصارها لمن له الحق في الإعتصار، وعدم جوازه، فمن رآها اجازة، قال: لا تعتصر، ومن رآها ابتداء عطية قال:يجوز اعتصارها، كما لو أوصت زوجة لولدها من زوجها، فأجاز الزوج الوصية. ثم أراد اعتصارها من ولده بصفته أبا له، فعلى الأول لا حق له، وعلى الثاني له الحق في ذلك[3].

6 – صحة الوقف على ورثته، وعدم صحته، فإذا أوصى بوقف عقار له على ورثته فأجازه الورثة فالوقف صحيح، بناء على أنها تنفيذ، وباطل على القول بأنها ابتداء عطية، لأنه تحبيس من الورثة على أنفسهم، ولا يصح الوقف على النفس عند القائلين بمنعه[4].

المسألة الثانية في وقت الإجازة.

والحكم فيها يختلف باختلاف الاجازة، فقد تكون بعد الموت، أو في حال المرض، أو الصحة. أو السفر.

أولا: الإجازة بعد الموت: اتفق القائلون بصحة الاجازة على أنها إذا وقعت بعد موت الموصي فهي لآزمة لا رجوع فيها، إذا توفرت شروطها الآتية، وإن لم يحزها الموصى له[5]. والحجة في ذلك.

---

1 - انظر الرهوني 243/8.

2 - الذخيرة 44/7.

3 - المغني 13/6.

4 - المغني 14/6.

5 - راجع التمهيد 308/14 – الفتاوي الهندية 90/6 – المغني 6-14 نهاية المحتاج 49/6 – سلمون 160/2.

أ – قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾[1]. والاجازة عقد عقده المجيز على نفسه، فيلزمه الوفاء به.

ب – عموم حديث: العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه[2]. والإجازة هبة على أحد القولين، فلا يحل الرجوع فيها للمجيز.

ج – لأنه أسقط حقه بعد وجوبه، فلزمه قياسا على اسقاط الشفعة بعد البيع.

د – حديث لا وصية لوارث إلا أن يجيز الورثة، بناء على تقدير لا وصية لازمة، فالاستثناء من عدم اللزوم يقتضي اللزوم عند الإجازة، لأن الاستثناء من النفي اثبات. وفي رواية زيادة وان اجازوا فليس لهم أن يرجعوا؟ وهي صريحة في اللزوم عند الاجازة، إلا أنها زيادة ضعفها ابن حزم بالإرسال، وضعف رواتها[3].

ثانيا: الاجازة في مرض الموت.

اختلف الفقهاء في الاجازة في مرض الموت على قولين[4].

الأول: أنها غير لازمة، وللورثة الرجوع إذا مات الموصي، وهو مذهب الشافعي، وأبي حنيفة والحنابلة وقول بعض المالكية، وحجة هؤلاء أنها من باب اسقاط الشيء قبل وجوبه، فلا يلزم، قياسا على اسقاط الشفعة قبل البيع.

والقول الثاني: وهو مشهور مذهب مالك أنها لازمة، سواء كانت الوصية في المرض، أو كانت في الصحة، وأجازها الورثة في مرض الموصي، سواء الاجازة. أو تطوعوا بها من غير سؤال، ولا طلب.

وحجة المالكية

1 – ظاهر حديث إلا أن يجيز الورثة، فإنه يشمل الاجازة بعد الموت، وقبله في الصحة والمرض، إلا أنه لما كان في الصحة قادرا على التبرع بما شاء من ماله، لم تلزم الاجازة، لانتقاء عذره بقدرته على التبرع، بخلاف حال المرض، فإنه لما كان محجورا عليه

---

1 - من الآية 1 المائدة.

2 - متفق عليه الفتح 235/5.

3 - المحلى 316/9 – 317 .

4 - راجع ابن سلمون 160/2- المغنى 14/6 – الفتاوي الهندية 90/6.

التبرع لحق الورثة لزمنهم الاجازة. لوجود سبب الملك في الجملة، وإن كان بعيداً. وهو احتجاج ضعيف لأنها زيادة مختلف فيها، ولأنهم لا يكونون ورثة إلا بعد الموت، لا قبله.

2 – واستدل مالك في الموطأ بأنه لو لم تلزم الاجازة في المرض لأدى ذلك إلى حرمانه من الوصية، حيث يظهر له الورثة الموافقة على الوصية للوارث، حتى لا يوصي لغيره، فإذا مات رجعوا في إجازتهم، واستولوا على المال كله. وحرموا الموصي مما أعطاه الله من حقه في الوصية في ثلث ماله لأجنبي، ولكنهم خدعوه بالموافقة على الوصية للوارث، ليحرموه من الوصية أصلا . فعوملوا بنقيض قصدهم[1].

3 – ما روي عن عمرو بن العاص رضي الله عنه أنه قال حين حضرته الوفاة لابنه عبد الله: إني قد أردت أن أوصي، فقال له: أوص ومالك في مالي، فدعا كاتبا فأملي: فقال عبد الله فقلت له: ما أراك إلا وقد أتيت على مالي ومالك، ولو دعوت إخوتي فاستحللتهم[2].

ففي هذا دليل على لزوم الاجازة في حال المرض، فإنها لو كانت غير لازمة لما كانت فائدة في دعوتهم واستحلالهم، ولا فرق بين اجازة ما زاد على الثلث. وإجازة الوصية بالثلث للوارث، لأن كلا منهما اجازة لوصية غير لازمة.

4 – كما احتج التونسي بأن الاجازة في المرض معلقة على الموت والملك. فتلزمهم كسائر التعاليق، كما لو قال: إن ملكت هذا العبد فهو حر، فإنه يلزمه عتقه إذا ملكه[3].

ثالثا: الاجازة في حال الصحة والإقامة.

اتفق جمهور الفقهاء على أن الاجازة في حال صحة الموصي وحضوره غير لازمة للورثة. وأن لهم الرجوع فيها إذا مات الموصي مطلقا. وهو مذهب الأئمة الأربعة وآخرين, وقال الحسن والزهري، والأوزاعي وآخرون الاجازة لازمة لهم، ولا حق لهم في الرجوع[4].

---

1 - المنتقي 18/6.

2 - انظر الجامع لأحكام القرآن 135/2 .

3 - انظر الذخيرة 40/7 .

4 - التمهيد 408/4 – المغني 14/6 –الزرقاني 189/8.

وحجة هؤلاء [1] أن الحق للورثة، فإذا رضوا باسقاطه لزمهم، كما لو رضي المشتري بالعيب [2]، وعموم حديث إلا أن يجيز الورثة، فإنه شامل للاجازة في الصحة والمرض وبعد الموت.

وحجة الجمهور [1] أنه اسقاط الشيء قبل وجوبه، فلا يلزم قياسا على اسقاط الشفعة قبل البيع، والصداق قبل النكاح [2]، وأنها حالة لا يصح فيها ردهم، فلا تصح فيها إجازتهم.

وأجابوا عن حديث إلا أن يجيز الورثة، بأن لفظ الورثة حقيقة فيمن كان وارثا بالفعل، ولا يكونون كذلك إلا بعد وفاة الموصي، فلا يتم الاحتجاج بها، بالإضافة إلى ما سبق من تضعيف هذه الزيادة[1].

رابعا: الاجازة في السفر[2].

الاجازة في حال السفر والصحة لا تلزم عند الأئمة الثلاثة غير المالكية، وللمالكية فيها قولان: الأول أنها غير لازمة، وهو قول مالك وابن القاسم، والمشهور والراجح في المذهب، والثاني أنها لازمة، وهو قول ابن وهب، وأحد قولي مالك وابن القاسم، وهو قول الزهري والأوزاعي، وغيرهم من القائلين بلزوم الاجازة في الصحة والحضر، وحجة هؤلاء [1]عموم إلا أن يجيزها الورثة[2], وقياس الاجازة في السفر على الاجازة في المرض، لأن السفر مظنة العطب كالمرض.

وحجة الجمهور قياس المسافر على الصحيح الحاضر، بجامع أن كلا منها قادر على انفاق ماله إذا شاء، لعدم الحجر عليه، بخلاف المريض فإنه محجور عليه، فلا يصح قياس المسافر عليه.

المسألة الثانية في شروط الاجازة ومن تلزمه.

يشترط في لزوم الاجازة للورثة ستة شروط بين متفق عليه ومختلف فيه.

الشرط الأول أن تكون بعد الموت، أو في المرض المخوف، وهو شرط مختلف فيه كما سبق.

---

1 - المحلى 316/9.

2 - راجع الزرقاني وبناني 189/8 – الذخيرة 40/7 – الرهوني 269/8 – 131.

الشـرط الـثاني أن يموت الموصي في مرضه الذي وقعت فيه الاجازة عند القائلين بلـزوم الاجازة في مرض الموت. فإن صح من مرضه بعد إجازتهم، ثم مات من مرض آخر لم تلزمهم الاجازة السابقة، لاستغنائه عنها بصحته وقدرته على التصرف بعد الصحة، فلم يـبق لـه عـذر. إلا أنهـم يحلفـون أنهـم ما سكتوا رضا بالوصية على الصحيح، وقيل لا يحلفون

الشـرط الثالـث أن لا يكـون لهـم عـذر في الإجـازة، وإلا لم تلزمهم، والأعذار كـثيرة، مـثل أن يكـون المجيز في نفقة الموصي يخشى قطعها عنه إذا لم يجز. كانت النفقة واجـبة، أو تطوعا، أو يكون عليه دين للموصي يخشى مطالبته به، وحبسه إذا لم يجز، أو يكون الموصي ذا سلطان وجاه يخشى بطشه به إذا لم يجز[1].

ولعـل ذلـك يجـري فيما لو كان الوارث في نفقة الموصى له، أو له عليه دين، أو يخشى بطشه إذا لم يجز، لأنه لا فرق بين الخوف من الموصي، والخوف من الموصى له، وربما كان الخوف من الموصى له أولى. لبقائه بعد وفاة الموصي.

ولا يعتـبر عـذرا رجـاء المجيز موافقة الوارث الموصى له على إعطائه شيئا، أو مكافأته على الاجازة، فإذا لم يكافئه لم يكن به رجوع[2].

الشـرط الـرابع: أن يكـون المجيز عالما أن له الحق في الاجازة والرد. وعالما بأن الاجازة تلزمه. وإلا لم تلزمه، في الحالتين،فإن ادعى أنه كان يظن أن الوصية لازمة له، ولا خـيار لـه في الرد، فإن الإجازة لا تلزمه، إذا كان مثله يجهل ذلك، ويحلف يمينا بالله إنه لايعـلم أن لـه الحق في رد الوصية[3]. كما أنه إذا أجاز الوصية، ثم قال كنت أجهل أن الاجازة تلزمني فإنه يحلف على ما يقول، ولا تلزمه الاجازة.

واخـتلف في اشـتراط عـلمه بالموصـى به، فقال الحنفية إذا أجاز الوارث ما فعله موروثـه في مرضـه، ولم يعـلم مـا فعـل، لم تلزمه الاجازة، وإن علم ما فعله من التصرفات واجازه لزمته الاجازة[4].

---

[1] - انظر المنتقى 182/6 – الذخيرة 42/7 – المعيار 365/9 – الرهوني 269/8.
[2] - راجع الذخيرة 16/7- المدونة 308/4.
[3] - الذخيرة 16/7 – الزرقاني وبناني 189/8 .
[4] - الفتاوى الخانية 444/6.

وفرق الشافعية بين الوصية بمعين، والوصية بشائع، فقالوا في الوصية بمعين إذا ادعى المجيز الجهل بعينه قبل الاجازة لم يصدق، وتلزم الاجازة، بخلاف الوصية بشائع، كثلث وربع إذا ادعى الوارث الجهل بالتركة، وأنه كان يظن أن المال قليل، أو كثير، فإنه يحلف وتنفذ الوصية. فيما ظنه فقط.

والفرق أن المعين يغلب الاطلاع عليه، ولا يكاد يخفى على الورثة، بخلاف مجموع التركة، فإنها قد تخفى على الورثة. لذلك يصدقون في دعوى الجهل بمجموع التركة. ولا يصدقون في الجهل بعين بعض التركة إذا كان معينا[1]. وفرق الحنابلة بين الوصية بمعين والوصية بشائع، إلا أنهم سلكوا مسلكا آخر، فقالوا في الوصية بشائع: إن كان للموصى له بينة تشهد باعتراف الوارث بمعرفة قدر المال، أو كان المال ظاهرا لم يقبل قول الوارث، إلا على القول بأن الاجازة ابتداء عطية، فله الرجوع فيما يجوز فيه الرجوع في العطايا. وإن لم تكن بينة فهناك احتمالان باللزوم وعدمه.

ووجه الأول أن الاجازة بمنزلة الابراء، وهو لا يجوز عندهم في المجهول, والقول قوله في دعواه الجهل، لأنه الأصل، ووجه القول الثاني القائل باللزوم هو القياس على الاجازة في بيع الخيار، لأن الوارث له الخيار في الاجازة والرد، وقالوا في الوصية بمعين هناك احتمالان باللزوم وعدمه، ووجه الأول أن المعين معلوم لا جهالة فيه، فتلزم الاجازة إذا وقعت فيه، بخلاف الشائع[2].

وسكت المالكية عن هذا الشرط فلم يشترطوا معرفة التركة في الوصية بشائع، ولا معرفة المعين إذا كانت الوصية بمعين. وهو موافق للمشهور في المذهب من أن الاجازة ابتداء عطية، والعطايا يجوز فيها الجهل بعين المعطى وقدره، وتلزم بالقول على المشهور، إلا أن يقول ظننته قليلا حين أجزته، ويتبين صدقه فيما قال لغيبته عن الموصي فإنه يحلف ما ظن ذلك، ويكون القول له[3]. والحق الشافعية الجهل بوارث آخر بالجهل بالموصى به، فإذا أجاز الوارث ثم ظهر وارث آخر فقال المجيز: إنما أجزت لأني كنت أظن أنه لا وارث معي، وأما الآن فلا أجيز، فقالوا لا تلزمه الاجازة، لعذره بطرو وارث

---

1 - نهاية المحتاج 46/6 .

2 - المغني 15/6 – 16.

3 - راجع الرهوني 137/7 – 182.

آخر، وما يترتب عليه من نقصان في حصة المجيز، إلا أنه يجوز للموصى له أن يحلفه على ما يقول[1].

الشرط الخامس أن يكون المجيز أهلا للتبرع بماله. وهو المكلف الذي لا حجر عليه ، بناء على المشهور من أن الإجازة ابتداء عطية من الورثة[2].

فلا تصح إجازة الصغير، والمجنون، والسفيه المولى عليه، لأنهم ليسوا أهلا للتبرع بالمال، ولا تصح إجازة وليهم عنهم عند المالكية والحنابلة، وتبطل الوصية. وقال الشافعية توقف الوصية حتى يصيروا أهلا للتبرع بالمال. فيجيزوا أو يردوا بعد ذلك[3].

حجة القول الأول أن في وقف الوصية حتى يتأهلوا ضررا عظيما بالورثة والموصى له. وحجة القول الثاني أن الوصية صحيحة، ولا مسوغ لإبطالها. ولا ضرر في وقفها, لإمكان الاقتراض للمحجور, ولو من بيت المال.

وإذا وقفت الوصية على هذا القول فإن النظر فيها يبقى للقاضي. فله الاحتفاظ بعينها، أو بيعها والاحتفاظ بثمنها، أو إجارتها بحسب ما يراه من المصلحة. فإن بلغ الورثة أهلية التبرع خيروا في الإجارة والرد، فتدفع الوصية وغلتها، أو ثمنها إن بيعت للموصى له في حال الإجازة, وللورثة في حال الرد[4]. واختلف في السفيه المهمل، فمن أبطل تصرفه أبطل إجازته، ومن اعتبر تصرفه اعتد بإجازته، والخلاف مبني على خلاف آخر في السفيه المهمل، هل المعتبر الحال، أو الولاية[5].

وأما الزوجة والمريض فتلزمهما الإجازة في حدود ثلثهما، بناء على القول بالحجر على الزوجة في زائد الثلث، والزائد على الثلث يوقف على إجازة الزوج وورثة المريض[6].

---

1 - نهاية المحتاج 49/6

2 - انظر الزرقاني وبناني 189/8 – الفتاوي الهندية 90/6 – 91. المغني 15/6.

3 - نهاية المحتاج 49/6 .

4- - نفس المرجع والصفحة .

5 - الذخيرة 43/7 .

6 - انظر الرهوني 243/8 – المعيار 390/9 – الفتاوي الهندية 91/6 .

وأما المفلس الذي أحاط الدين بماله فقيه خلاف، مبني على الخلاف في تكييف الإجازة، فمن رآها تنفيذا للوصية، قال تلزمه الإجازة، ولا اعتراض للغرماء على تصرفه فيها، لأنه لم يتبرع بشيء من ماله، وإنما أجاز وصية مورثه.

ومن رآها ابتداء عطية قال: للغرماء الحق في منعه من الإجازة، وإلزامه بالرد، كما لهم رد إجازته إذا أجاز[1].

الشرط السادس قبض الموصى به قبل حدوث المانع.

هذا الشرط مختلف فيه، مبني على القول بأن الاجازة ابتداء عطية، ولذلك يجب حوزها قبل موت المجيز، أو مرضه، أو حدوث فلس، ومن رآها تنفيذا لا يشترط هذا الشرط[2].

ونشير في آخر هذا الفرع إلى أن من مات من الورثة قبل الإجازة والرد، فإن حقه فيها ينتقل لورثته، أخذا بعموم وقاعدة من مات عن حق انتقل لوارثه، إلا أنه يشترط في تخيير الورثة أن لا يسكنوا بعد الموت سنة فأكثر. و إلا فلا حق لهم في الرد. كما لا حق لهم فيه إذا سكت مورثهم سنة فأكثر، لأن سكوت هذه المدة دليل على الرضا والإجازة، فلا يسمع منه بعد أنه لم يرض، قياسا على من بيع ماله عليه وهو غائب، ثم قدم فله الرد قبل السنة، فإذا مضت فلا رد له[3].

والخلاصة أن مذهب مالك لزوم الإجازة الواقعة بعد الموت أو في مرضه المخوف إذا كان المجيز أهلا للتبرع بالمال وإن لم يعلم ما أوصى به الموصي، ومذهب الحنفية والشافعية أنها لا تلزم إلا إذا وقعت بعد الموت ممن له أهلية التبرع وكان عالما بما أوصى به الموصي.

وبالأول أخذ القانون المغربي في الفصل 200 الذي جاء فيه: إذا أجاز الورثة الوصية لوارث بعد موت الموصي أو في مرضه المخوف المتصل بموته أو استأذنهم فيه فأذنوه لزم ذلك لمن كان كامل الأهلية منهم.

---

1 - الرهوني 243/8 – المغني 15/6 .

2 - انظر المعيار 365/9 – الذخيرة 7/ 41 – 43 .

3 - المعيار 132/5 – عمل أهل فاس 129 .

في حين أخذ القانون المصري بالمذهب الحنفي، واشترط وقوع الإجازة بعد الموت، وعلم الورثة بما أجازوا حيث جاء في المادة 37... وتصح بما زاد على الثلث ولا تنفذ في الزيادة إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي، وكانوا من أهل التبرع، عالمين بما يجيزونه.

أما القانون السوري فقد نحا منحى آخر، حين اشترط وقوع الاجازة بعد موت الموصي ممن هو كامل الأهلية، ولم يشترط علمه بالوصية التي يجيزها، وهكذا جاء في المادة 238 – الفقرة 2 لا تنفذ للوارث ولا بما زاد على الثلث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي وكان المجيز كامل الأهلية.

الفرع الخامس في الوصية لوارث وأجنبي:

والحكم فيه يختلف باختلاف حالات الوارث والوصية، فقد يكون الوارث الموصى له مع الأجنبي لا وارث معه، وقد يكون معه ورثة أوصى لهم مع الأجنبي على خلاف فرائضهم، أو بحسبها، أو أوصى لبعض دون بعض، فهي حالات أربعة نخصص لها مسائل أربعا.

المسالة الأولى:

إذا أوصى لوارث وأجنبي ولا وارث له غير الموصى له، مثل الوصية لابنه وزوجة ابنه، والوصية لابنته وزوجها، ومذهب المالكية أن الوصية كلها للأجنبي، ولا شيء للوارث، ولا يحاصص بوصيته إذا ضاق الثلث، لأنها ملغاة، سواء أوصى لهما بشائع كثلث أو ربع، أو أوصى لكل واحد منهما بمعين، مثل وصيته لابنه بداره، ولأخيه بأرضه، فإن الثلث كله لأخيه في الأول، وفي الثانية له الأرض كلها إذا بلغت الثلث فأقل، وإن كانت أكثر خير الوارث في الزائد.

واختلف إذا أوصى لهما بمعين مشترك بينهما، كدار أوصى بها لأمه وخالته، فاستظهر الشيخ الرهوني أن الدار كلها للخالة، لبطلان وصية الأم، واختار بعض آخر أنه ليس للخالة إلا نصف الدار، لأنه لم يوص لها بأكثر منه[1].

---

[1] - راجع الرهوني والاختصار 256/8 – 257 . الأم 114/4

المسألة الثانية.

إذا أوصى لجميع ورثته بحسب حصصهم ولأجنبي معهم.

وقد اختلف فيها فقال المالكية يأخذ الأجنبي وصيته كاملة بلا محاصة إذا لم تزد على الثلث[1].

وقال الحنابلة في أحد قولين كقول المالكية، وفي القول الآخر إن الورثة يحاصصونه، كمن ترك ولدين أوصى لهما بالثلثين، وأوصة لأجنبي بالثلث، فعلى القول الأول يأخذ الأجنبي ثلثه كاملا، لبطلان وصية الولدين، فتبقى وصيته وهي لا تزيد على الثلث فتنفذ له.

وعلى القول الثاني القائل بالمحاصة يقسم الثلث بين الأجنبي والورثة بحسب وصاياهم فيكون له ثلث الثلث[2].

المسالة الثالثة:

الوصية لأجنبي وجميع الورثة على خلاف فرائضهم.

وقد اتفق المالكية على محاصة الورثة الأجنبي، إلا أنهم اختلفوا فيما يحاص به، كمن ترك ابنا. وبنتا أوصى لكل منهما بمائة، وأوصى للأجنبي بمائة، فإن البنت الموصى لها بأكثر من حظها تحاصص الأجنبي باتفاق ابن القاسم وغيره، إلا أن ابن القاسم يقول تحاصصه بخمسين، لأنه حين أوصى للابن بمائة وأوصى لها بمائة كان الزائد على حظها هو الخمسين، فتحاصص بها.

وقال غيره بثلث المائة، لأن ميراثها من المائتين الموصى بهما لها ولأخيها هو ثلثا المائة، فالزائد على حظها هو ثلثا المائة فقط، وبه تحاصص الأجنبي فما ناب الأجنبي يأخذه، وما ناب البنت يرجع ميراثا[3].

---

[1] - انظر ايضاح الأسرار المصونة للرسموكي ص 172 – الذخيرة 17/7 – المنتقى 180/6 .

[2] - المغني 11/6 .

[3] - ايضاح الأسرار المصونة 172 – الذخيرة 16/7 .

المسألة الرابعة:

الوصية للأجنبي وبعض الورثة دون بعض:

هذه الحالة تتنوع بدورها إلى عدة حالات، لأن الورثة إما أن يجيزوا الجميع: الوصية والزيادة على الثلث، وإما أن يردوهما معا، أي الوصية للوارث، والزيادة على الثلث، وإما أن يجيزوا وصية الوارث ويردوا الزائد على الثلث، وإما العكس، أن يجيزوا الزيادة على الثلث ويردوا الوصية للوارث، وإما أن تكون الوصيتان معا الثلث فأقل.

فإن كان مجموع الوصيتين الثلث فاقل فإن الموصى له الأجنبي يأخذ وصيته كاملة، وتوقف وصية الوارث على إجازة الورثة، فإن أجازوها جازت. وإن ردوها ردت سواء أوصى لهما بشائع مشترك، مثل الثلث بينهما، أو أوصى لكل واحد منهما بمعين قيمتهما الثلث فأقل، ففي الحالتين ياخذ الأجنبي وصيته، فإن أجازوا فالثلث، والمعين بينهما، وإن ردوا فللأجنبي المعين الموصى له به، ونصف الجزء الشائع، ويرد نصيب الوارث ميراثا[1].

وإن كانت الوصيتان أكثر من الثلث فالصور أربع كما قلنا.

فإن أجازوا وصية الوارث والزيادة على الثلث فإن لكل واحد من الأجنبي والوارث وصيته كاملة من غير محاصة بينهما، لاجازة الورثة وإسقاطهم حقهم[2].

وإن ردوا الوصية لوارث، وأجازوا الزيادة على الثلث، فإن الأجنبي يأخذ الوصية كاملة، وتبطل وصية الوارث حينئذ[3].

أما إذا ردوا الزيادة على الثلث، وردوا وصية الوارث، فإن الوارث في هذه الحالة يحاصص الأجنبي في الثلث بحسب وصيتهما، وما ناب الأجنبي يأخذه، وما ناب الوارث يرجع ميراثا بين الورثة، لبطلان وصيته بردها من طرف الورثة، وقال أكثر الحنابلة

---

1 - الرسموكي ص 172 – المغني 10/6 .

2 - البرسموكي ص 172 – المغني 10/6 .

3 - نفسه المرجع والصفحة

والشافعية إذا ردوا وصية الوارث بطلت، ويأخذ الأجنبي الوصية كلها، ولا محاصة للورثة لبطلان وصية الوارث بردها[1].

وإن أجازوا الوصية لوارث، وردوا الزيادة على الثلث، فإن الوارث يحاصص الأجنبي بوصيته في الثلث كالتي قبلها، إلا أن ما ينوب الوارث في المحاصة يأخذه هو، ولا يرجع ميراثا، لإجازة الورثة وصيته[2].

واختلف إذا ردوا الزيادة على الثلث من غير تعرض لنصيب الوارث والأجنبي، أي مع السكوت عن ردهما، أو إجازتهما، فقال مالك والشافعي يحاصص الوارث الأجنبي في الثلث بحسب حصصهما، فإن كانت الوصية لكل منهما بالثلث بطل الثلث الزائد، واقتسما الثلث بينهما، لعدم النص على بطلان وصية الوارث فتحمل على الصحة والاجازة.

وعن أبي حنيفة الثلث المجاز كله للأجنبي، وللحنابلة قولان، الأول مثل قول مالك والشافعي، والآخر مثل قول أبي حنيفة[3].

الفرع السادس في الاحتيال لنفوذ الوصية لوارث:

أجاز الشافعية والحنفية الاحتيال للزوم الوصية للوارث من غير اجازة الورثة، وأجازوا عدة حيل للوصول إلى ذلك منها.

1 – أن يوصي الانسان لأجنبي بثلثه، أو بشيء من ماله بشرط أن يعطي الموصى له لوارث الموصي شيئا بعد موته، مثل وصيته لخاله أو عمته بسيارته إذا اعطيا دارهما لابنه، أو ابنته، أو غيرهما من الورثة، ففي هذه الحالة تصح الوصية للخال أو العمة إذا أعطيا دارهما لابن الميت أو ابنته، ويختصان بها. رغم أن الوصية في الحقيقة لهما، أي الابن والبنت فقد استطاع الميت، بهذه الحيلة أن ينفع وارثه بماله ويخصه به غير احتياج لاجازة الورثة[4].

---

1 - المغني 10/6.

2 - الرسموكي ص: 172.

3 - المغني 10/6 -11 .

4 - المنهاج 48/6.

الفرع السابع في سماع الشهود الوصية للوارث وتلقيها:

هـذه المسـالة اخـتلف فـيها، فـرأى بعض العلماء أنه لا يجوز للشهود إذا دعوا للشـهادة علـى الوصـية للـوارث، أن يقـبلوا ذلـك، فـلا يـتحملونها، ولا يكتبونها، ولا يؤدونها، ورأى بعض آخر جواز ذلك[1]. حجة القول الأول أنها شهادة على ممنوع، فلا تجـوز لحديـث لا وصية لوارث[2]. وحديث إني لا أشهد على جور[3]. فالأول يدل على تحريم الوصية للوارث، والثاني يدل على منع الشهادة على الباطل.

وحجة القول الثاني أنه قد يصير الوارث غير وارث، وقد يجيز الورثة، أو بعضهم فـلا تخلـو الشهادة من فائدة للمشهود له، وتأولوا حديث لا وصية لوارث على أن معناه لا وصية لازمة، فلا يدل على التحريم حينئذ.

ونختم موضوع الوصية لوارث بثلاث حالات أجازها مالك وأصحابه.

1 – وصية المريض بنصيب وارثه من ميراثه فيه بإذنه، وصورتها أن يسال المريض بعـض ورثـته أن يعطيه ميراثه فيه ليوصي به لوارث آخر. مثل أن يقول الأب لابنه سعيد هـب لي ميراثك في بعد موتي لأوصي به لأخيك خالد، أو لأمك، فإذا وافق سعيد وأذن لأبـيه أن يوصـي بنصـيبه في المـيراث لأخـيه خالد أو أمه جاز ذلك، وإذا أوصى الأب بذلـك لهمـا صـارت الوصية لازمة لسعيد، وصار نصيبه في الميراث حقا لأخيه، أو أمه، وإن لم يـوص الأب بمـا وهـبه لـه ابنه حتى مات الأب رد نصيب سعيد له، لعدم تصرف الأب فيه في حياته[4].

2 – أن يسـأل المريض بعض الورثة أن يهب له ميراثه فيه فيفعل. وهي قريبة من الأولـى إلا أن الأولـى سـأله أن يهـبه لـه ليوصـي بـه، وهنا سأله أن يهبه له بغير قيد، والحكـم أنـه إذا وهبه له وتصرف فيه قبل موته نفذ تصرفه فيه، وإن تصرف في بعضه لزم فيما تصرف فيه، ورد الباقي إلى الوارث، مثل أن يهب الزوج لزوجته في مرضها النصف

---

1 - انظر فتاوي ابن تيمية 309/31 .

2 - سبق تخريجه .

3 - رواه مسلم – انظر الفتح 213/5 .

4 - المنتقى 180/6 .

الـذي سـيرثه فـيها، فتوصـي الـزوجة بنصـفه لخالتها، وتموت قبل أن توصي بالباقي فإن الزوج يرد إليه الربع الذي لم تتصرف فيه[1].

3 – سـؤال المـريض بعـض ورثته أن يتصدق بنصيبه في الارث على وارث آخر، مـثل أن يقول الأب لابنته تصدقي بميراثك على أخيك، أو على أختك الصغرى لحاجتها وغـناك مثلا ، فتفعل قبل موت الأب، فإنها إذا فعلت ذلك تلزمها الهبة، ويكون نصيبها في الميراث ملكا لمن وهبته له.

بـناء علـى المعـروف في المذهب المالكي من صحة هبة الميراث قبل وفاة الموروث، ولزوم ذلك للواهب[2]. ويقسم ذلك بين المعطى لهم بالتساوي إذا كانوا ذكورا أو إناثا، فإن كانوا ذكورا وإناثا سئل الوارث المتنازل عن ميراثه لإخوته عن قصده، فيعمل به، فإن لم يكـن لـه قصـد، أو تعـذر سـؤاله قسـم بيـنهم بالتسـاوي كمـا قال ابن أبي زيد وقال الشافعي لا يلزمه لأنه أعطاه ما لم يملكه[3].

الفرع الثامن فيما يلحق بالوصية لوارث:

الحكمـة مـن مـنع الوصـية لـوارث هي منع الموصي من تفضيل بعض الورثة على بعض، وإيثاره عليه ببعض ماله، لما يلزم على ذلك من إذكاء نار الحسد، والعداوة بينهم مـن جهـة، ولمـا يترتب على ذلك من تغيير في الأنصبة والمواريث التي قدرها الله ورسوله لكل وارث من الورثة من جهة أخرى.

ومـن أجـل ذلك ألحق الفقهاء بالوصية للوارث كل تصرف مالي يقصد به إيثار بعـض الورثـة علـى بعـض، وتخصيصه بشيء من ماله عملا بقاعدة الحكم يدور مع العلة وجودا وعدما,

وتخصـص هـذا الفـرع لـبعض هـذه التصـرفات المـلحقة بالوصـية، وهـي الاقرار للـوارث، وإبـراؤه، والعفو عنه في جناية توجب المال، وتبرعه عليه، والبيع والشراء منه. (والتصبير والتوليج)

---

1 - نفس المرجع . الذخيرة 42/7 – 43 .

2 - المنتقي 182/6

3 - المعيار 386/9 – الرهوني 180/7 . الأم 115/2.

أولا: الاقرار لوارث.

ونتحدث عنه في ثلاث نقط في لزومه وبطلانه، وفي وقت اعتبار المقر له وارثا، وفي الإقرار لوارث وأجنبي ونخصص لها ثلاث مسائل

المسالة الأولى في لزوم الإقرار وبطلانه.

بالنسبة للنقطة الأولى التي هي لزوم الإقرار وبطلانه، هناك خلاف قوي، داخل المذاهب الأربعة وخارجها، يرجع إلى أربعة أقوال، وإن كان ابن تيمية حكى الاجماع على المنع[1].

القول الأول الجواز مطلقا، سواء أقر له في الصحة، أو في المرض، أقر لمن يتهم عليه، أو لغيره، وهو قول عمر بن عبد العزيز، والأوزاعي، وطاوس والحسن البصري، وآخرين وهو المعتمد عند الشافعية[2].

القول الثاني المنع مطلقا، إلا اقرار الزوج لزوجته بصداقها، وهو قول شريح والحسن بن صالح[3].

القول الثالث الفرق بين الإقرار في الصحة والإقرار في المرض. فما كان في الصحة فهو صحيح لازم، وما كان في المرض فهو موقوف على إجازة الورثة، لا فرق فيهما بين الإقرار باقتضاء دينه الواجب على الوارث، وإقراره بدين للوارث عليه، أو إقراره بعين من الأعيان أنها لوارثه، أو أنه كان وهبها له في صحته، وهو قول القاسم والثوري، وبه أخذ الحنفية والحنابلة وأحد قولي الشافعي[4].

القول الرابع للمالكية. فرقوا فيه بين الإقرار في الصحة، والإقرار في المرض، وبين الإقرار بمعين تعرف ملكيته للمقر قبل إقراره، وبين الإقرار له بدين أو معين لا تعرف ملكيته قبل إقراره، كما فرقوا بين الإقرار المعروف سببه ووجهه، وبين الإقرار الذي لا يعرف له وجه ولا سبب.

---

1 - فتاوي ابن تيمية 308/31 .

2 - الفتح 376/5 .

3 - نفس المرجع

4 - انظر أعلام الموقعين 361/3 .

وأخيرا فرقوا بين الإقرار للولد، والإقرار لأحد الزوجين، والإقرار لغير الولد والزوجين من أب وأم. وأخ وأخت وابناء عم بحسب وجود التهمة وعدمها على النحو التالي:

1 – الإقرار بمعين معروفة ملكيته للمقر قبل الإقرار به لوارث، مثل الإقرار له بدار سكناه، أو سيارته، أو أرضه الموروثة له، ونحو ذلك من كل معين ثبتت حيازة المقر له، وتصرفه فيه سنة أشهر أو عشرة قبل إقراره، وهذا الإقرار محمول على الهبة. ويعطي حكمها، فإن حاز المقر له الشيء المقر به في صحة المقر لزم ذلك، وإن لم يحزه حتى مات المقر أو مرض بطل الاقرار ولا يخرج من رأس مال، ولا من الثلث[1].

2 – الإقرار بدين أو معين لا تعرف ملكيته للمقر قبل إقراره، وهو صحيح لازم إذا كان معروف السبب، سواء كان الإقرار في الصحة أو في المرض، أقر لمن يتهم عليه، أو لمن لا يتهم عليه، لأن ظهور السبب، ومعرفة وجهه تنفيان عنه تهمة التوليج[2]. بشرط أن يكون المقر له ممن شانه أن يملك مثل ما اقر له به، لكونه معروفا بالعمل والتكسب، أو لكونه ورث أموالا، أو أوصى له بها، ونحو ذلك، مثل الإقرار لزوجته بصداقها الكالئ.

ولا يمين على المقر له في الاقرار بمعين، بخلاف الاقرار بالدين فلا بد من يمينه[3].

وإذا كان شأن المقر له أن لا يملك مثل ما اقر له به، لكونه صغيرا لا يعرف بتكسب، ولا ارث، ولا غيره من أسباب الملك، فإن الإقرار له لا يصح، لأنه توليج محض، ووصية لوارث في حقيقة الأمر[4].

3 – الإقرار بدين أو معين لا تعرف ملكيته للمقر مثل الذي قبله إلا أنه إقرار غير معروف السبب، لم يبين المقر وجهه ولا سببه، وهو إقرار فيه تفصيل بين الواقع في الصحة، والواقع في المرض.

---

1 - انظر البهجة 292/2 – المعيار 10/ 386 – 389 .

2 - انظر المعيار 403/10 .

3 - انظر البهجة 292/2 .

4 - النوازل الصغرى : 352/3 .

أ – فإن كان في الصحة فهو إقرار لازم، ولو تأخرت المطالبة به إلى مرض المقر، أو إلى ما بعد موته على المشهور المعمول به، ولا بد من يمين المقر له[1]. المدنيون من أصحاب مالك هو إقرار باطل إذا تأخرت المطالبة به حتى مات المقر أو مرض مرض الموت [2].

ب – وإن كان في المرض فهناك فرق بين الإقرار للولد، والإقرار لأحد الزوجين، والإقرار لغير الولد والزوجين فهي أقسام أربعة:

القسم الأول: الإقرار للولد:

1 – ففي إقراره لبعض الأبناء دون بعض يصح الإقرار إذا كان الإقرار للعاق منهم، دون البار، ويبطل إذا أقر للبار دون العاق، لوجود التهمة في هذا، وانتفائها في الإقرار للعاق، دون البار، وإن استووا في البرور والعقوق فقولان، أصحهما البطلان، كما يبطل إذا اقر لولد له مع وجود غيره من الورثة، مثل الإقرار لابنته مع وجود العصبة، والإقرار لابنه مع وجود زوجته، أو أبيه أو أمه، أو إقرار الزوجة لولدها مع وجود الزوج أو الأب، أو الأم، لأنه من الإقرار للأقرب مع وجود الأبعد، فتقوى فيه التهمة [3].

القسم الثاني: الاقرار لأحد الزوجين.

1 – وفي الاقرار للزوجة أو الزوج بما لا يعرف سببه يختلف الحكم باختلاف العلاقات بين الزوجين فقد تكون علاقة حب وميل وشغف، وقد تكون علاقة بغض وشنآن، كما قد تكون مجهولة الحال، فالأحوال ثلاثة[4]. الأولى أن تكون العلاقة بينهما معروفة بحب المقر منهما للآخر، وشغفه به، والاقرار هنا لا يصح، لاتهامه في إقراره، إلا أن يجيزه الورثة.

الثانية أن تكون العلاقة بينهما معروفة بالبغض والشنآن، فهنا يقبل إقرار الكاره لانتفاء التهمة، وسواء في الحالتين كان للمقر أبناء من زوجته التي أقر لها، أو كان له أبناء من غيرها، أو كان يورث كلالة،

---

1 - انظر تحفة ابن عاصم بشرح التاودي: 291/2 .
2 - انظر تحفة ابن عاصم بشرح التاودي: 293/2.
3 - انظر تحفة ابن عاصم بشرح التاودي: 293/2
4 - النوازل الصغرى : 371/3 .

الثالثة: أن تكون العلاقة بينهما مجهولة، لا يعرف بحبها ولا ببغضها، وهناك تفصيل.

فإن كان لا ولد له منها ولا من غيرها فإنه لا يصح إقراره، لاتهامه بإيثارها على العصبة، أو على بيت المال إذا لم يكن له عصبة

وإن كان يرثه ابن واحد. أو أكثر أو يرثه أبناء وبنات فإنه يصح إقراره لها، لأنه لا يتهم بتفضيل زوجة لايعرف حبه لها على أبنائه، سواء كان الأبناء صغارا، أو كبارا، كانوا منها أو من غيرها، أو مختلطين إلا في حالة واحدة. وهي إذا انفردت بالصغير مطلقا، ذكرا كان أو أنثى، فإنه لا يصح الإقرار لها اتفاقا في المذهب لوجود التهمة.

فإذا كان له أبناء كبار من غيرها، أو منها ولها ابن صغير أو بنت صغيرة فإنه لا يصح الاقرار لها.

وإن كانت له بنات فقط منها، أو من غيرها صغارا أو كبارا فقولان بالصحة والبطلان.

ومنشأ الخلاف اختلاف النظر إليها باختلاف الحالين، فهي إذ انظر إليها مع البنت فالبنت أقرب منها، فيصح الاقرار لها، لأنه من الاقرار لا بعد مع وجود الأقرب، فتضعف فيه التهمة، وإن نظر إليها مع العصبة كانت أقرب منهم، وكان الإقرار لها من باب الإقرار للأقرب مع الأبعد فتقوى فيه التهمة، فلا يصح وهو الراجح، والإقرار للزوج مثل الإقرار للزوجة في هذه الأحوال الثلاثة.

القسم الثالث:

الإقرار لغير الولد والزوجين، وفيه تفصيل، وخلاف أيضا، فقد يكون للمقر ولد يرثه، وقد لا يكون له ولد يرثه[1].

فإن كان له ولد يرثه فإقراره لغير الولد والزوجين صحيح لازم على الأصح، مثل إقراره لأمه أو أبيه مع وجود ولده، وإقراره لأخيه أو أخته، أو ابن عمه مع وجود بنته

---

[1] - انظر البهجة 2/ 292 .

أو بناته، لانتفاء التهمة في الجميع، وفرق ابن زرب بين وجود الابن، ووجود البنت، فأجاز الإقرار مع وجود الابن، ورده مع وجود البنت، لانتفاء التهمة مع وجود الابن، ووجودها مع البنت، لأن الابن يعصب، والبنت لا تعصب الباقي.

وإن كان لا ولد له لا ذكر ولا أنثى فالإقرار في هذه الحالة لازم اتفاقا إذا أقر للأبعد مع وجود الأقرب كإقراره للعصبة مع وجود أمه، وإقراره للأخ للأم مع وجود الأخ الشقيق، لانتفاء التهمة، واختلف إذا أقر لأحد المتساوين مثل إقراره لأحد إخوته المتساوين في الدرجة، أو أحد أعمامه أو أبناء عمه المتساوين كذلك، أو أقر للأقرب مع وجود الأبعد كإقراره لأمه مع وجود أخيه أو عمه، أو ابن عمه فقيل يبطل الإقرار في الجميع، وقيل يصح، والراجح البطلان إلا أن يجيزه الورثة

القسم الرابع:

الاقرار لصديق أو قريب غير وارث كالخالة والعمة، وقد اختلف فيه على أقوال الأول وهو المشهور بطلانه إذا لم يكن المقر ولد يرثه، فإن كان له ولد وإن سفل ذكرا أو أنثى صح إقراره والقول الثاني يصح في الثلث، والقول الثالث يمضي من رأس المال.

حجج المذاهب المختلفة:

احتج الحنفية والحنابلة على بطلان إقرار المريض مطلقا بالقياس، والأثر والنظر[1].أما القياس فهو قياس الإقرار في المرض على التبرع في المرض بجامع أن كلا إيصال المال إلى وارثه، فلا يجوز إلا بإجازة الورثة، والقياس على الوصية أيضا.

إلا أن هذا قياس لا يصح لوجود الفرق من وجوه.

الأول أن التبرع عطية خالصة من مال المتبرع بعد تعلق حق الورثة بماله، والإقرار إخبار بحق للمقر له في مال المقر، فليس فيه إعطاء مال.

والثاني أن الهبة لا تصح ولو شهدت البينة عليها، بخلاف الإقرار فإنه إذا شهدت بينة بصدق المقر يلزم تنفيذه من رأس المال اتفاقا، والثالث أن الإقرار لا يجوز الرجوع عنه، والوصية يجوز الرجوع عنها، فلا يصح قياسه عليها.

---

1 - المغني 197/5 .

وأما الأثر فهناك حديث مرفوع، وآخر موقوف، فالمرفوع هو قوله صلى الله عليه وسلم: لا وصية لوارث، ولا إقرار له بالدين[1].

والموقوف هو قول عمر وابنه رضي الله عنهما: إذا أقر المريض لوارثه لم يجز[2].

إلا أن الحديثين معا لا يصح الاحتجاج بهما. أما الأول فإن زيادة ولا إقرار له بالدين غير صحيحة لأنها مرسلة وفي سندها نوح بن دارج وهو ضعيف[3].

بالإضافة إلى أن الأخذ بهذه الزيادة يقتضي منع الاقرار للوارث في الصحة والمرض لعموم: لا إقرار له بالدين، لأنها نكرة في سياق النفي، ولأن الوصية له ممنوعة في الصحة والمرض.

وأما الموقوف فإنه أولا موقوف، ولا حجة في موقوف، ثم هو معارض بما ياتي من أدلة الجواز، فتقدم عليه، وإما النظر فإن المريض في حال مرضه يتهم بأنه أراد الوصية لوارثه، فلما رأى نفسه ممنوعا منها تحول إلى الاقرار له حتى لا يعترض ورثته على تصرفه[4].

وأما القائلون بالجواز مطلقا فقد احتجوا بالكتاب والسنة، والأثر، والقياس، والنظر، أما الكتاب فهناك ثلاث آيات:

الأولى قوله تعالى: ﴿**من بعد وصية يوصي بها أو دين**﴾[5]. فقد سوى بين الوصية والدين في تقديمهما على الميراث، ولم يفصل، فخرجت الوصية بدليل منفصل، وبقي الدين على إطلاقه الشامل للدين الثابت بالبينة، والثابت بإقرار للوارث وغيره[6].

والآية الثانية هي قوله تعالى: ﴿**يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والاقربين**﴾[7]. فهذا أمر للجميع بالشهادة على

---

1 - رواه الدارقطني في سننه 152/4 .

2 - الفقه الاسلامي وأدلته 336/6 .

3 - انظر الفقه الاسلامي وأدلته 336/6 – سنن الدارقطني 52/4 .

4 - انظر الفتح 376/5 .

5 - من الآية 11 النساء .

6 - انظر الفتح 175/5.

7 - من الآية 135 النساء

النفس، وهي الإقرار عليها بالحق، وهي عامة في الأشخاص والأحوال، تشمل الصحيح والمريض، لقاعدة: الموصول للعموم، وقاعدة عموم الأشخاص يستلزم عموم الأحوال.

والأمر فيها للوجوب، وإذا وجب الإقرار للوارث بحقه كان إقراره صحيحا، ووجب العمل به وتنفيذه، أخذا بقاعدة، أن الأمر بالشيء يستلزم صحته عند الإتيان به على الوجه المأمور به، وإلا لم تكن فائدة في الأمر به والإتيان به.

والآية الثالثة هي قوله تعالى: ﴿**إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها**﴾[1]. ووجه الاستدلال بها أن لفظ الأمانات جمع معرف بال فيعم جميع الأمانات، والدين أمانة بنص قوله تعالى: ﴿**فإن أمن بعضكم بعضا فليؤد الذي أوتمن أمانته**﴾[2]. فيدخل في ذلك دين الوارث، فيجب أداؤه، وإذا لم يتأت أداؤه يجب الإقرار به، لأنه لا سبيل لأدائه إلا بالإقرار به، والمقدور الذي لا يتم الواجب المطلق إلا به واجب، كما يقول الأصوليون.

وإذا وجب الإقرار وجب تنفيذه لما سبق.

وأما السنة فقد احتج البخاري منها بحديثين[3].

الأول حديث (آية المنافق ثلاث: إذا حدث كذب. وإذا ائتمن خان، وإذا وعد أحلف)، ووجه الاستدلال به أن فيه ذم الخيانة، والذم يقتضي التحريم، وكتمان الدين، وعدم الاقرار به نوع من الخيانة المحرمة، والمنهى عنها، والنهي عن الشيء يستلزم الأمر بضده، أو يتضمنه، كما يقول الأصوليون، فيكون الاعتراف للدائن بدينه واجبا، لأنه إذا كتمه يصير خائنا، والأمر يستلزم صحة المأمور به، والاعتداد به عند فعله على وجهه، وإلا لم تكن فائدة في الأمر به وإيجابه.

والحديث الثاني حديث (إياكم والظن، فإن الظن أكذب الحديث)، ووجه الاستدلال به أن فيه تحذيرا من سوء الظن بالمسلم، وهو يقتضي النهي عنه، والأمر بتحسين الظن به، وهذا يدل على بطلان الاحتجاج على رد إقراره باتهامه فيه.

---

1 - من الآية 58 النساء .

2 - من الآية 283 البقرة .

3 - انظر البخاري شرح الفتح 376/5 .

وأما الأثر فما روى (عن رافع بن خديج رضي الله عنه أنه أوصى أن لاتكشف امرأته الفزارية عما أغلق عليه بابها)[1]. وأما القياس فهناك قياسات[2].

الأول قياس الإقرار لوارث على الإقرار بوارث، فإن المريض إذا أقر في مرضه بوارث صح إقراره اتفاقا، إذا كان على وجه الاستلحاق، وعلى خلاف في غيره، والإقرار بوارث يتضمن الإقرار لوارث بمال. لأن إقراره بالنسب إقرار له بالمال تبعا.

والقياس الثاني. قياس الاقرار في المرض على الإقرار في الصحة ، فكل من صح الإقرار له في الصحة يصح له في المرض.

والقياس الثالث قياس الوارث على الأجنبي.

وأما النظر فهناك مسلكان: الأول أن الأحكام مدارها على الظاهر. والله يتولى السرائر، فلا يجوز إبطال إقراره بدعوى احتمال كذبه في الواقع، وأنه أراد الوصية فجعلها إقرارا خوفا من اعتراض الورثة، لأنه حكم بباطن مشكوك.

والمسلك الثاني أن الغالب على المريض مرض الموت الصدق في إقراره، والتهمة في حقه ضعيفة وبعيدة، والمدار في الأحكام على الغالب، والحكم به واجب.

وحجة المالكية في تفاصيلهم السابقة الاعتماد على قوة التهمة وضعفها، فحيث قويت التهمة يبطل الإقرار، وإذا ضعفت صح الإقرار، وقوة التهمة وضعفها يختلف باختلاف الأحوال والصور، كما سبق.

ونختم هذه المسالة باختلاف الورثة والمقر له، هل كان الاقرار في الصحة أو المرض، والقول في هذا للمقر له الوارث أن الاقرار في الصحة،لأن الصحة هي الأصل والغالب، والقول لمدعي الأصل، ولأن الأصل في العقود الصحة، والقول لمدعي الصحة فيها، وإن أقام كل واحد بينة قدمت بينة الصحة على المعتمد[3].

1 - رواه البخاري معلقا انظر الفتح 375/5 .

2 - انظر المغني 197/5 – الشرقاوي 142/2 .

3 - انظر الوثائق الفرعونية 250.

وقال الحنفية القول لمدعي المرض، وإن أقام كل منهما بينة قدمت بينة المقر له، وإن لم تكن بينة وأراد استحلاف الورثة كان له ذلك[1].

ومذهب الشافعية أن القول لمدعي الصحة، لأن الأصل دوامها، وأن أقام كل منهما بينة قدمت بينة المرض لأنها ناقلة[2].

المسألة الثانية:

وقت اعتبار المقر له وارثا.

بالنسبة لهذه النقطة هناك اختلاف بين المذاهب الفقهية.

مذهب الشافعية أن المعتبر وقت الموت قياسا على الوصية، فإذا أقر لوارث فصار غير وارث، صح إقراره، وإذا اقر لغير وارث فصار وارثا عند الموت بطل غقراره[3].

وقال الحنابلة: المعتبر وقت الإقرار، فإذا أقر لغير وارث حين إقراره صح اقراره ولو صار وارثا عند الموت، وإن أقر لوارث حين إقراره بطل إقراره ولو صار غير وارث عند الموت، لوقوعه باطلا ، فلا يقبل التصحيح[4].

وقال الحنفية: المعتبر وقت الإقرار والموت، فإذا أقر لوارث واستمر وارثا حتى مات المقر بطل الإقرار وإن أقر لغير وارث واستمر غير وارث حتى الموت صح الإقرار.

وأما إن أقر لوارث ثم صار غير وارث فهناك تفصيل بين سبب الارث الطارئ والسبب الموجود حين الإقرار. فيصح في الأول، ويبطل في الثاني.

فمن أقر لأجنبية ثم تزوجها، أو أقرت له فتزوجها صح الإقرار، لأن سبب الإرث طارئ بعد الإقرار. فلا يضر.

بخلاف من أقر لأخيه وله ولد حين الإقرار، ثم مات ولده، فإن الإقرار لا يصح، لأن سبب الإرث وهو النسب كان موجودا وقت الإقرار[5].

---

1 - الفتاوي الهندية 177/4 .

2 - انظر نهاية المحتاج 55/6 .

3 - نفس المرجع .

4 - المغني 198/5 .

5 - الفتاوي الهندية 176/4 .

وقـال المالكية المعتبر وقت الإقرار، فمن أقر لابنه الكافر بدين في مرضه ثم أسلم الابـن قبل موت الأب صح الإقرار له[1]. واختلفوا فيمن أقر لوارث فصار غير وارث، ثم صار وارثا فقال ابن شعبان الإقرار صحيح. كمن أقر لأخيه ولا ولد له، ثم ولد له ولد، فمـات الولـد، ثـم مات المقر بعد ذلك، فإن الإقرار صحيح، لأنه بولادة الولد صار الأخ غـير وارث، وثبـت الإقـرار له، فإذا مات الابن بعد ذلك وصار الأخ وارثا لم يضر ذلك، لأن الحق إذا ثبت لا يبرأ منه إلا بأدائه.

واختار ابن عرفة أن الإقرار في هذه الحالة لا يصح إلا إذا علم المقر برجوع المقر لـه غير وارث، ولم يرجع عن إقراره، كأن يعلم بوفاة ولده، لأن استمراره على إقراره بعد رجوعـه غـير وارث دلـيل علـى صـدقه في إقراره، أما إذا لم يعلم برجوعه غير وارث فإن الإقـرار لا يصح، لاحتمال أن يكون اقراره له وهو يعلم أنه وارث، من باب الهزل، وعدم الجد، واحتمال أنه لو علم أنه رجع غير وارث لما أقر له، أو لرجع في إقراره[2].

المسالة الثالثة: الإقرار لوارث وأجنبي

اختلف الفقهاء في الإقرار لوارث وأجنبي والمشهور في مذهب مالك أنه كالوصية لـوارث وأجنـبي، يصـح في نصـيب الأجنـبي، ويـبطل في نصـيب الـوارث على التفصيل السـابق، ويحاصـص بـه في ضيق الثلث، كما لو اقر لوارثه بمائة، ولأجنبي بمائة، ولم يترك إلا مائـة، فـإن الـوارث والأجنبي يتحاصان في المائة، فما ناب الأجنبي أخذه، وما ناب الـوارث يـرجع ميراثـا بـين الورثـة، ومذهـب الشافعية صحة الإقرار لهما معا، بناء على أصـلهم من صحة الإقرار لوارث في المرض، وللحنابلة قولان، الأول كقول الشافعية صحة الإقرار لهما معا، والثاني صحته في نصيب الأجنبي، وبطلانه في نصيب الوارث[3].

وقـال الحنفـية: إذا اقـر لـوارث وأجنبي بدين مشترك بينهما بطل الإقرار في حق الوارث والأجنبي إذا تصادقا معا، إلا أنه إذا اقتسم التركة فإن الأجنبي يشارك الوارث في نصيبه من الميراث بقدر الدين المقر به، والزائد على ذلك يختص به الوارث.

---

[1] - انظر المنتقي 179/6 . –الذخيرة 15/7 .

[2] - الرهوني 146/6 .

[3] - راجع – المعيار 347/10 – الوزاني علىالتحفة 3/ 49 / 1 – المغني 5/ 199 .

وإن تكاذبا أو أنكر الأجنبي شركة الوارث له في الدين المقر به فإن الإقرار يبطل أيضا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، إلا أن الوارث هنا يختص بنصيبه في الميراث، ولا يشاركه الأجنبي هنا عكس ما سبق، والفرق أنه حال التصادق يكون الوارث معترفا بثبوت الدين على تركة المقر، ولا ميراث إلا بعد قضاء الدين، بناء على أصلهم في أداء الدين كله من نصيب المقر، إذا أنكر غيره من الورثة[1].

ثانيا: الإبراء من الدين والأمانات.

يرى المالكية أن إبراء الوارث من الدين الذي عليه لمورثه، أو مما له قبله، أو عنده من الأمانات والودائع المعينة وغيرها هو منزلة الإقرار بالدين للوارث، يجري فيه التفصيل السابق، فيبطل في حال المرض مع وجود التهمة، ويصح في حال الصحة، أو عند انتفاء التهمة في المرض، إلا أنهم اختلفوا في حلف المبرأ على قولين، بالوجوب وعدمه[2]. ومن هنا جرى الافتاء بصحة إقرار امرأة في صحتها بأنه لا شيء لها في حوائج ابنتها[3].

وفي اشهاد الرجل بأنه لا حق له مع أولاد أخيه في الدار الفلانية الكائنة بمحل كذا[4].

وفي اقرار الزوج في صحته بأن كل ما تحت يد زوجته لها ولا حق له فيه معها[5].

وقال الحنفية لا يصح إقرار المريض بقبض دينه الواجب له على وارثه، قياسا على الإقرار له بدين، سواء كان الدين واجبا في الصحة، أو وجب في حال المرض. ويقبل إقراره بقبض ما عند وارثه من ودائع، أو عارية، أو مضاربة، بخلاف إقراره باسترداد الرهن والمغصوب والمبيع الفاسد فلا يقبل[6].

---

1 - انظر البدائع 338/7 – الفتاوي الهندية 478/4 - 106

2 - المعيار 10 / 399 .

3 - النوازل الصغرى 351/3 .

4 - النوازل الصغرى 353/3 .

5 - الدسوقي 398/4 .

6 - انظر الفقه الاسلامي 635/6 – الفتاوي الهندية 179/4 .

وقد أخذ القانون المغربي بالرأي القائل بأن إبراء المريض لوارثه يتوقف على إجازة الورثة حسب الفصل 344 من قانون الالتزامات والعقود الذي يقول: "الإبراء الحاصل من المريض في مرض موته لأحد ورثته من كل أو بعض ما هو مستحق عليه لا يصح إلا إذا أقر باقي الورثة.

ثالثا: التبرع على الوارث:

اتفق جمهور الفقهاء الأئمة الأربعة وغيرهم على صحة التبرع على الوارث في الصحة، وخروجه من رأس المال، وإن اختلفوا في إعطاء بعض الأولاد دون بعض.

كما اتفقوا على أن العطية للوارث في حال المرض تجري مجرى الوصية للوارث، لا تجوز إلا بإجازة الورثة بالشروط السابقة.

وقال الظاهرية يصح التبرع على الوارث في الصحة والمرض، وينفذ من رأس المال في الحالتين، وحجتهم في ذلك عموم قوله تعالى: ﴿**وافعلوا الخير**﴾[1]. وقوله ﴿**ولا تنسوا الفضل بينكم**﴾[2]. فإنهما يشملان الصحيح والمريض كما يشملان الوارث وغيره، بالإضافة إلى عموم أدلة الصدقة[3].

رابعا: البيع لوارث والشراء منه:

نقسم هذا الموضوع إلى أربعة أقسام، البيع والشراء بدون محاباة، والبيع والشراء بمحاباة، والتصيير، والبيع الصوري أو ما يعرف بالتوليج.

القسم الأول: البيع والشراء دون محاباة:

يتفق جمهور الفقهاء على صحة البيع للوارث، والشراء منه في حال الصحة إذا لم تكن محاباة في ثمن، ولا مثمن، لانتفاء التهمة من جهة، وانتفاء الحجر على المالك في ملكه في حال صحته.

---

1 - من الآية 77 الحج.

2 - من الآية 237 البقرة .

3 - انظر المحلى 348/9 .

وفي رواية عن مالك أنه لا يجوز إذا لم ير الشهود الثمن وبقي المبيع بيد البائع حتى مات، وعلله بأنه توليج وخديعة ووصية لوارث[1].

واختلف في بيعه وشرائه في حال مرضه، فقال أبو حنيفة: لا يجوز أن يبيع لوارثه بعض ماله، ولو بقيمته، ومن دون محاباة ولا غبن، وللورثة رد ذلك إذا فعل. وفرق بعض الحنفية بين البيع والشراء، فأجاز الشراء من الوارث، ومنع البيع منه[2].

وقال الأئمة الثلاثة: يجوز ذلك، وبه قال أبو يوسف ومحمد صاحبا أبي حنيفة. ولا اعتراض للورثة، إلا أنه لا بد عند المالكية من معاينة قبض الثمن عند البيع في حالة المرض، وإلا لزم الوارث غرمه مرة أخرى، ولا يصدق البائع في اعترافه بقبضه، لأنه بمنزلة الإقرار بقبض الدين من الوارث، وذلك لا يجوز إذا كانت هناك تهمة[3]. وعلى مذهب الشافعية لا تشترط معاينة القبض لصحة إقرار المورث باقتضاء الدين من وارثه[4]. وأفتى ابن عتاب وآخرون من المالكية ببطلان البيع[5].

ومنشأ الخلاف بين القائلين بصحة البيع للوارث، والقائلين بمنعه دون محاباة، وهو الخلاف في حق الورثة المتعلق بمال المريض، هل يتعلق بعين المال، أو يتعلق بقيمته؟

فمن رأى أن حقهم يتعلق بقيمة المال -وهو الجمهور- أجاز البيع للوارث بدون محاباة. وهو الأصح، بدليل أنه يجوز له البيع لأجنبي دون محاباة، ولأن قيمة المال مثل عينه.

القسم الثاني: البيع والشراء بمحاباة:

والحكم في هذه الحالة يختلف باختلاف نوع المحاباة، وحال المحابي من صحة أو مرض حين المحاباة فقد تكون المحاباة بعين المبيع، وقد تكون في الثمن، فهما حالتان:

1 – المحاباة في عين المبيع: وهي أن يخصه ببيع خيار ماله وأحسنه، إلا أنه لا يحابيه في الثمن، كأن يبيعه معمله أو شركته المربحة، أو داره أو ضيعته، ونحو ذلك بمثل

---

1 - انظر التاودي على الزقاقية 248.

2 - راجع الفقه الاسلامي وأدلته 137/4 – الفتاوي الهندية 435/6 – 434 – الذخيرة 15/7.

3 - المعيار 389/10 – 397 – كنون على الرهوني 351/5.

4 - أعلام الموقعين 31/4 .

5 - انظر المعيار 309/10 .

الثمن، أو أكثر، وفي هذه الحالة لا خيار للورثة في رد البيع إذا كانت المحاباة في الصحة، أما إذا كانت في المرض فإن للورثة الخيار في رد البيع وإمضائه[1]. بناء على أن حق الورثة يتعلق بعين التركة لا بقيمتها.

2 – المحاباة في الثمن وهي أن يبيعه بعض ماله باقل من ثمنه، أو يشتري منه بأكثر من الثمن بقصد نفعه، وفيه تفصيل فقد تكون في الصحة، وقد تكون في المرض.

المحاباة في الصحة:

أ - فإن كانت في الصحة وحازها المحابى حوزا تاما فهي لازمة، ولا حق للورثة في ردها، لأنها بمنزلة عطية في الصحة حيزت قبل حدوث المانع.

وإذا لم تحز حتى مات المحابي، أو مرض مرض الموت فهناك أقوال ثلاثة في مذهب مالك[2].

الأول بطلان المحاباة والبيع، ورجوع المبيع ميراثا بين الورثة، ويرد الثمن للمشتري، والقول الثاني يستحق المشتري من المبيع بقدر ثمنه، والباقي يرجع ميراثا بين الورثة، والقول الثالث الخيار للمشتري في إتمام الثمن، ويكون المبيع له، وعدم إتمامه فيأخذ من المبيع بقدر ثمنه.

وأرجح هذه الأقوال القول الأول ببطلان البيع، ورجوع المبيع ميراثا بين الورثة، لسلامته من تبعيض الصفقة على المشتري والورثة، بخلاف القول الثاني، ففيه تعيض الصفقة على الجميع، وذلك ضرر لا يجوز، والقول الثالث فيه تبعيض الصفقة على الورثة إذا اختار المشتري الأخذ من المبيع بقدر ثمنه، كما أن فيه جبر الورثة على البيع إذا اختار إتمام الثمن وأخذ الجميع، وهو لا يجوز لقوله تعالى: ﴿**إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم**[3]﴾.

---

[1] - انظر المعيار 220/6 – الرهوني 351/5 .

[2] - الرهوني 356/5

[3] - من الآية 29 النساء

ب – المحاباة في المرض، وإن كانت المحاباة في المرض فإن إجازها الورثة فهي ابتداء عطية منهم، بناء على المشهور من أن إجازة الورثة ابتداء عطية تجري عليها أحكام العطايا.

وإن لم يجيزوها فهناك أقوال اربعة في مذهب مالك[1].

الأول بطلان البيع، ويرد للمشتري ما دفعه من الثمن ويرجع المبيع ميراثا.

والقول الثاني أن له من المبيع ما دفع من الثمن، والزائد على ذلك يرجع ميراثا.

والقول الثالث أنه يخير في إتمام الثمن وأخذ الجميع وفي عدم إتمامه ويأخذ بقدر ثمنه والباقي للورثة.

والقول الرابع تخيير الورثة إن شاءوا ألزموه بإتمام الثمن، وأخذ المبيع، وإن شاءوا أعطوه المبيع بقدر ثمنه، وقال الشافعي يخير في فسخ البيع من أصله أو إعطاء الورثة ما حاباه به المريض ويأخذ المبيع.

وأصح هذه الأقوال القول الأول لسلامته من تبعيض الصفقة، ولأن اصل البيع وقع على المحاباة، ولم يخرجه مخرج الوصية حتى ترد المحاباة ويمضي ما قابل الثمن.

وأضعفها القول الثالث والرابع لما فيهما من تبعيض الصفقة والجبر على البيع إذا اختار المشتري إتمام الثمن، أو الجبر على الشراء إذا اختار الورثة إتمام البيع، كما أن القول الثاني لا يخلو من ضعف، لما فيه من تبعيض الصفقة وإن كان لا جبر فيه على بيع أو شراء.

القسم الثالث: التصيير لوارث.

التصيير عند الفقهاء وفي إصطلاحهم هو دفع المدين للدائن أصلا، أو عرضا، أو حيوانا، أو غيرهما من المعينات في دين سابق على العقد، وهو من باب بيع الدين لمن هو عليه، ولذلك اشترط فيه حوز العين المصيرة فورا، لما يلزم على تأخير القبض من بيع الدين بالدين، المنهي عنه في حديث، (النهي عن بيع الكالئ بالكالئ)[2]. ويكفي في

---

[1] - الرهوني 356/5 – الذخيرة 17/7 – المر 108/4.

[2] - رواه الدارقطني نيل الأوطار 156/5 – سنن الدارقطني 71/3.

حوزه شهر واحد بعد العقد، ولا تشترط معاينة الحوز، ويكفي فيه اعتراف المصير والمصير إليه بوقوعه ولو في حالة المرض، إلا أن يكون الدين ثابتا بإقرار، فلا بد من معاينة الحوز لاتهامهما على قصد الهبة، والتحايل على إسقاط الحيازة [1].إلا في دار السكنى إذا صيرها الزوج لزوجته أو صيرها الأب لمحجوره، فإنه لا بد من إخلائها من المصير وحوائجه وأمتعته شهرا على الأقل[2].

ويجوز التصيير للوارث في حال الصحة، كما يجوز البيع له سواء كان الدين ثابتا ببينة، أو إقرار، لانتفاء التهمة، لأن الإقرار في الصحة لا تؤثر فيه تهمة التوليج، بخلاف التصيير في المرض، فإنه يشترط فيه أن يكون الدين ثابتا ببينة قبل العقد، فإن، كان لا يعرف إلا بإقرار المصير عند التصيير، فإنه يجري على حكم الإقرار بالدين للوارث في حال المرض، فما لا تهمة فيه يصح فيه الإقرار، ويتم التصيير، وما فيه التهمة لا يصح فيه الإقرار، ويبطل المبني عليه[3].

القسم الرابع: التوليج أو البيع الصوري:

التوليج لغة مصدر ولج مضاعف ولج إذا دخل، ومنه قوله تعالى: ﴿**حتى يلج الجمل في سم الخياط**﴾[4]. وفي عرف الفقهاء هو العطية في صورة المعاوضة، بقصد اسقاط الحيازة، أو دفع اللوم حين يريد الإنسان أن يعطي بعض أملاكه لوارثه في حياته، أو يوصي له به في صحته أو مرضه ليأخذها بعد وفاته. ويخاف بطلانها إذا بقيت العطية في يده في حال هبتها له، أو اعتراض الورثة في خال الوصية له بها، فيشهد على نفسه أنه باع ذلك لولده، أو زوجته، أو غيرهما ممن يريد إيثاره بماله بعد موته، وأنه قبض الثمن منه، وقد يتفقان على دفع الثمن له بحضور الشهود ليرده له بعد ذلك، وهو وسيلة من وسائل التحايل على الوصية لوارث، أو العطية له في المرض، أو الصحة بلا حيازة، والحكم فيه يختلف باختلاف حالات التوليج، فقد يكون في البيع، أو في الشراء، وفي الصحة أو المرض، وقد يكون ثابتا بحجة شرعية، كما قد يكون مجرد دعوى مصحوبة بقرائن تصدقها، أو خالية منها.

---

1 - انظر البهجة 140/2 شَرْحَ العمل الفاسي ص 44-45 .

2 - البهجة 139/2.

3 - انظر المعيار 101/5-159-160-163-168- البهجة 139/2-140 - النوازل الصغرى 77/3

4 - من الآية 40 الأعراف

1 – التوليج في البيع :

ففي حالة ثبوت التوليج بحجة شرعية يفسخ البيع. ويرجع المبيع ميراثا بين الورثة، إلا أن يقع في الصحة ويحوز المشتري المبيع في صحة البائع فيصح على القول الراجح، إجراء له مجرى الهبة في الصحة، وإن سمي باسم البيع، وقيل يبطل ولو حازه المشتري، لأن العقد انعقد بينهما باسم البيع، والهبة لا تنعقد بلفظ البيع[1].

وإن لم يثبت التوليج فإن البيع لازم، لا سبيل لفسخه، ولا يضر بقاء المبيع بيد البائع حتى مات، سواء كان هناك ميل من البائع للمشتري على حساب غيره من الورثة أم لا، كان دفع الثمن وقبضه معاينة أمام الشهود، أو اعترافا، كانت هناك تهمة استحلال البائع للتوليج أم لا. كان البيع في الصحة أو المرض، إلا أنه لا بد من يمين المشتري في جميع ذلك، إن البيع ظاهره كباطنه، لا توليج فيه، وقيل لا يمين عليه إذا لم يكن ميل من البائع للمشتري.

وقال ابن القاسم في رواية عن مالك ببطلان البيع إذا لم ير أحد من الشهود الثمن، وبقي المبيع بيد البائع إلى أن مات، وقال ليس هذا ببيع، وإنما هو توليج وخديعة ووصية لوارث[2].

والأول أصح، وأن البيع لا يفسخ إلا بثبوث التوليج، لأن مدار الأحكام على الظاهر، والله يتولى السرائر، ولأن العقود الظاهرة الصحة لا تبطل بالمظنة، ويثبت التوليج بأمرين[3].

الأول: اعتراف المشتري الرشيد أن البيع لا حقيقة له، ولا وجود له بينهما وإنما هي عطية سموها بيعا، ولا يعتد بإقرار المحجور لبطلان إقراره، كما لا يعتد بإقرار البائع إذا كذبه المشتري، لأنه يتهم بأنه ندم ويريد إبطال البيع باعترافه، ولأنه إقرار على الغير، ولا يؤاخذ أحد بإقرار غيره عليه[4].

---

1 - انظر مواهب الخلاق 188/2.

2 - انظر التاودي على الزقاقية بحاشية المواهب 179/2 .

3 - المرجع السابق 187/2- وما بعدها- البهجة 296/2.

4 - المرجع السابق 187/2 – وما بعدها – البهجة 296/2 .

الأمر الثاني: البينة. وتقبل الشهادة بالتوليج إذا كانت مفسرة اتفاقا، وهي التي يصرح الشهود فيها بأنهم توسطوا العقد بين البائع والمشتري، واتفقا على أن البيع الذي عقداه في الظاهر لا حقيقة له، إنما هو سمعة فقط.

واختلف في قبولها إذا لم تكن مفسرة، فالجمهور على أنها باطلة، لا تقبل حتى يفسروها بنحو ما سبق، من إقرار المشتري بالتوليج، أوتوسطهم العقد، أو حضورهم له، وسماع اتفاق البائع والمشتري على التوليج، وقيل تقبل وإن لم تفسر، لأن العدل محمول على علمه بما شهد، وهو محمول عا ذلك لعدالته.

وفرق بعضهم بين أهل العلم وغيرهم فقال: لا تقبل من غير أهل العلم إلا مفسرة، وتقبل من أهل العلم مجملة، لاجتماع العلم والعدالة، فالعدالة تمنعهم من التزوير، والشهادة بما لم يعلموا، والعلم يمنعهم من الجهل بما هو توليج، وما ليس بتوليج.

والأرجح عدم قبولها مجملة مطلقا، كان الشاهد من أهل العلم أم لا، لاختلاف العلماء فيما يعد توليجا، وما لا يعد توليجا[1].

2 – التوليج في الشراء[2].

وهو أن يشتري الأب لولده المحجور أو الرشيد ملكا من أملاك غيره، يكتبه له في اسمه، ويشهد أنه اشتراه له، وله حالات ثلاث، لأن الأب قد يصرح بأنه اشتراه بمال ولده الذي عنده. كما قد يصرح بأنه اشتراه بماله هو لولده، وقد لا يصرح بأصل المال، ويكتفي بالإشهاد أنه اشتراه لولده، ففي الحالة الأولى إذا صرح أنه اشتراه بمال ولده فإن الشراء يكون صحيحا، وإن كان لا يعلم للولد مال قبل ذلك، ولو بقي المشترى بيد الأب يستغله لنفسه حتى مات، على القول الصحيح المعمول به، لأنه من باب الإقرار بالثمن في الصحة، فلا تلحقه فيه تهمة، ولا توليج، وقال أصبغ هو توليج، لا يصح.

وفي الحالة الثانية إذا صرح أنه اشتراه بماله لولده،فإن الشراء ايضا يصح له، سواء كان الشراء فور هبة الثمن، أو تقدمت هبة الثمن أولا، ثم اشترى له به بعد ذلك، إذا لم يقع مانع بعد هبة الثمن وقبل الشراء به على الصحيح المعمول به.

---

[1] - راجع حواشي الزقاقية: مواهب الخلاف 1/ 337 – 2/ 188.

[2] - راجع البهجة 2/ شرح التاودي ومواهب الخلاف 197/2 – 195.

وفي الحالة الثالثة إذا لم يصرح الأب بأصل الثمن لمن هو؟ فإن الشراء صحيح، ويحمل على أنه اشتراه بمال وهبه له، ولا يحتاج إلى حيازته له، لأنه بمجرد الشراء يدخل في ملك الولد، ولا يعد ذلك توليجا باتفاق أصبغ وغيره.

ويجري مثل هذا التفصيل في شراء الزوج لزوجته، وشراء الزوجة لزوجها، وشراء الأم لأولادها، كل ذلك يصح اتفاقا أو على الراجح، سواء صرح المشتري بأنه اشتراه بماله، أو بمال من اشتراه له، أو لم يقل شيئا، وفي جميع الحالات إذا كان هذا الشراء بأنواعه الثلاثة في حالة المرض فإنه يعتبر وصية لوارث يجري فيه ما سبق في الإقرار لوارث، والوصية والعطية لوارث.

المطلب التاسع:

في كونه قريبا للموصي

اختلف الفقهاء في اشتراط القرابة للموصي في الموصى له وعدم اشتراطه.

مذهب الأئمة الأربعة، وجماهير العلماء من غيرهم أنها شرط كمال فقط، وليس شرط صحة، ومن هنا قالوا بصحة الوصية للأجنبي وترك القريب، كان محتاجا أو لا، إلا أنه يستحب عندهم أن يوصي لقرابته[1]. ولو كانوا أغنياء، لإطلاق قوله تعالى: ﴿**وآتى المال على حبه ذوي القربى**﴾[2]. وقوله: ﴿**وآت ذا القربى حقه والمسكين ابن السبيل**﴾[3]. فإنه يشمل الإيتاء في الحياة على وجه الصدقة، والإيتاء بعد الممات على وجه الوصية، كما يشمل الغني والفقير، ولحديث: الصدقة على القريب صدقة وصلة رحم[4].

وقال طاوس والضحاك والحسن: لا تجوز الوصية لأجنبي غير قريب، واعتبروا القرابة شرطا في صحة الوصية، ثم اختلفوا فقال الضحاك: ترد ولو بنيت بها الدور، أو اتخذت بها الأموال. وقال طاوس تنزع من الأجنبي وتعطى للقرابة، وقال الحسن: يترك

---

[1] - راجع التمهيد 301/14 – المغني 5/6 – النووي 85/7 – الجامع لأحكام القرآن 177/2.

[2] - من الآية 177 البقرة.

[3] - من الآية 26 الإسراء.

[4] - انظر التمهيد 38/14.

للموصى لـه ثلـث الثلـث، ويعطـى لقرابته ثلثا الثلث[1]. وقال ابن حزم: تصح الوصية لأجنبي إذا أوصى لثلاثة من أقاربه فأكثر ونحوه للحسن[2].

حجة الجمهور الكتاب والسنة والأثر.

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿**من بعد وصية يوصي بها أو دين**﴾[3]. فهذا مطلق، والمطلق محمول على إطلاقه حتى يرد ما يقيده.

وأمـا السـنة فهـناك عـدة أحاديث، كحديث لا وصية لوارث، فإنه يدل بمفهومه علـى صـحتها لغير وارث، وهو عام في القريب والأجنبي، لقاعدة عموم مفهوم المخالفة. ومـن جهة أخرى فإن العلة في منعها لوارث هي كونه وارثا، كما يوخذ من ترتيب الحكم على المشتق، والحكم يدور مع العلة فإذا لم يكن وارثا جازت الوصية له.

1 – حديـث عمـران بـن حصـين في الذي اعتنق سنة أعبد له عند موته، فأقرع بيـنهم النـبي صلى الله عليه وسلم فأعتق اثنين، وأرق أربعة، فهذه وصية لا جانب، لأن الرقيق كانوا من غير قرابة الموصي[4].

2 – حديث سعد بن آبي وقاص حين عاده النبي صلى الله عليه وسلم فقال له: دعـني اقسـم مـالي حيث شئت، وفي بعض ألفاظه في سبيل والفقراء، ولم ينكر عليه جعله حيـث شاء، أو في سبيل الله، أو الفقراء، وإنما أنكر عليه الوصية بجميعه، أو ثلثيه، أو نصفه[5]. فدل ذلك على صحة الوصية للأجنبي دون القريب.

3 – وصـية المخيريق لرسول الله صلى الله عليه وسلم بحوائطه[6]. ووصية البراء بـن معـرور لـه صلى الله عليه وسلم بثلث ماله[7]. ووصية سعد بن مالك له أيضا برحل وراحلته[8]. فهذه الوصايا كلها لغير قرابة الموصي وأما الآثار فهي كثيرة منها:

---

1 - انظر سنن سعيد 11/1 – 12 .

2 - المحلى 314/9.

3 - من الآية 11 النساء

4 - سبق تخريجه .

5 - سبق تخريجه .

6 - سبق تخريجه .

7 - انظر الفتح 370/5.

8 - انظر الاصابة 85/3

وصـية عمـر رضي الله لأمهات أولاده، ووصية عبد الرحمن بن عوف لأمهات المومـنين وأصحاب بدر، ووصية عائشة رضي الله عنها لمولاها[1]. وما روي عن ابن عمر أنـه سـئل عن رجل أوصى بثلثه في غير قرابته فقال: يمضي حيث أوصى، ونحوه روي عن جابر[2].

واحـتج مـن مـنع الوصـية للأجـنبي بقولـه تعالى: ﴿**الوصية للوالدين والاقربين بالمعـروف**﴾[3]. فـإن تعـريف الوصـية يفيد الحصر، أي لا وصية إلا للوالدين والأقربين، عمـلا بقاعدة أن تعريف المبتدأ بلام الجنس يفيد حصره في الخبر، نحو العزة لله ولرسوله وللمومنين، وهو مردود من وجوه.

أولا أن هـذا الاسـتدلال مبني على إعراب الوصية مبتدأ وخبره للوالدين، وهو أحـد احـتمالين في إعـرابها، علـى أن يكـون نائب فاعل كتب مقدرا، أي كتب عليكم الايصال.

والاحـتمال الـثاني أن الوصـية هي نائب فاعل كتب، أي كتب عليكم الوصية، وسـوغ حـذف الـتاء من الفعل أمران: طول الفاصل بين الفعل ونائبه، وكونه التأنيث في الوصية مجازيا.

وهـذا الاحـتمال ارجـح من الأول، عملا بقاعدة أنه لا ينوب المصدر مع وجود المفعول به .

وأما من أجاز الوصية للأجنبي إذا أوصى للقريب فقد احتج بآية الوصية فإنها تـدل علـى وجـوب الوصـية للقـرابة، وإذا أوصـى لمن أمر به فقد أدى الواجب، وله أن يوصي بعد ذلك لمن شاء من الأجانب[4]. ورد ابن حزم احتجاج الجمهور بحديث عمران بأنـه منسـوخ، وبأنـه ليس فيه بيان أنه كان بعد نزول آية الوصية، وبأنه يحتمل أن يكون

---

1 - المحلى 314/9.

2 - التمهيد 302/14.

3 - من الآية 180 - البقرة

4 - المحلى 314/9.

الـرجل الـذي أوصى بعتق رقيقه لم يكن له قرابة، وليس في الحديث ما يدل على أنه كان صليبة في الأنصار، له قرابة لا يرثونه[1].

إلا أنـه يمكـن أن يقال في رد هذا كله – ليس في الحديث ما يدل على أنه كان حليفا، كمـا أنـه لـيس فيه ما يدل على أنه كان قبل نزول آية الوصية، وإذا كان نسخ القـرآن لا يثبت بالشك، فإن نسخ هذا الحديث لا يثبت بالشك أيضا، فلماذا جزم بنسخ الحديث بآية الوصية، وأحال العكس، مع وجود الشك فيهما، على أنه يمكن دعوى الجزم بتأخر حديث عمران عن آية الوصية، فيكون ناسخا لها اعتمادا على ما يلي.

أن آيـة المواريـث نزلـت بعـد الوصـية، رغـم شـك البعض في هذا التأخر، ففي الـبخاري عـن جابـر أنه صلى الله عليه وسلم عاده في مرضه، فسأله جابر كيف يصنع في مالـه، فـلم يجبه حتى نزلت آية المواريث[2]. وفي رواية الترمذي فنزلت ﴿**يوصيكم الله في أولادكم**﴾[3].

وفي روايـة أبـي داود أنـه سـأله أن يوصـي لاخواتـه بالثلـث فقال: احسن. فقال: الشـطر. فقـال: احسن فخرج وتركه. وقال له: يا جابر لا أراك ميتا من وجعك. وأن الله قد أنزل فبين الذي لإخوتك، فجعل لهن الثلثين، وفي البخاري ان ابن عباس رضي الله عنه قـال: كـان المـال للولـد، وكانـت الوصـية للوالدين، فنسخ الله من ذلك ما أحب، فجعل للذكـر مـثل حظ الأنثيين، وجعل للأبوين لكن واحد منهما السدس، وجعل للمرأة الربع، والثمن[4].

فـدل هـذا على أن آية المواريث نزلت بعد الوصية، وقبل منع الوصية بأكثر من الثلـث، لأنه استأذن النبي صلى الله عليه وسلم في الوصية بالشطر ولم ينهه عن ذلك، بل قـال لـه : أحسـن في إشـارة إلـى استحسان الزيادة على النصف وهذا يقوي أن حديث عمران كان بعد الوصية لمنعه صلى الله عليه وسلم الوصية فيه بأكثر من الثلث.

---

[1] - نفس المرجع

[2] - انظر الفتح 3/12.

[3] - الترمذي 282/3.

[4] - انظر أبا داود 120/2. والفتح 312/5.

كمـا أن حديـث سعد في منع الوصية بأكثر من الثلث إنما كان في حجة الوداع على الصحيح، وكانت آية الفرائض نزلت قبل ذلك قطعا، وهذا يرجح أن حديث عمران كـان بعـد الوصـية، فيكون هو الناسخ لها، دون العكس، كما أن عمران لم يسلم إلا في السنة السابعة[1]. وآية الوصية نزلت قبل ذلك.

والمتـبادر أن عمـران شـهد قصـة الـذي اعـتق، فتكون متأخرة عن آية الوصية، واحـتمال أن تكـون وقعـت في أول الإسـلام قـبل نـزول آية الوصية كما يراه ابن حزم، ورواهـا عمران عمن حضرها احتمال بعيد، يلزم عليه أن يكون الحديث مرسل صحابي، كمـا يـرده أنهـا لو وقعت في أول الإسلام قبل الوصية لما سأل جابر عن الوصية لإخوته بالنصـف، ولمـا قـال لـه النبي صلى الله عليه وسلم: أحسن، ولما سأل سعد عن الوصية بماله كله، أو ثلثه أو نصفه، لأن القصة كانت ستكون مشتهرة بين الصحابة، حضروها أو سمعوها، فلا داعي للسؤال بعدها عن الوصية بأكثر من الثلث.

وأما احتجاج الجمهور بما روي عن عمر، وعائشة، وعبد الرحمن بن عوف رضي اللـه عنهم من ايصائهم لغير قرابتهم فقد رده ابن حزم أيضا بأنه ليس في هذه الاخبار أن هـؤلاء لم يوصـوا لقرابـتهم مع وصاياهم لغيرهم فلا تقوم بها حجة إلا أن هذا يرد بأنه أيضا ليس في هذه الأخبار أنهم أوصوا لأقاربهم مع وصاياهم لغيرهم.

فالاحتمالان قائمان، فلا مرجح لافتراض أحدهما ورد الآخر، أي افتراض أنهم أوصـوا لقرابـتهم مـع وصاياهم لغيرهم، دون العكس ليسقط احتجاج الجمهور بها، على أن احتمال العكس أقرب، فإنهم لو أوصوا لقرابتهم لرواها الذين رووا وصاياهم لغيرهم مـن الأجانـب، ولا داعـي لأن يروي الرواة بعض الوصايا، و يكتموا الآخر، أو يسكتوا عنه.

---

1 - الاصابة 26/5.

المطلب العاشر:

في كونه محتاجا غير غني

هـذا الشـرط لم يشترطه أكثر الفقهاء الذين أجازوا الوصية للغني والفقير، وإن كان الأفضل جعلها في القرابة المحتاجين بدل الأغنياء الموسرين[1]. وحجتهم.

1 – عموم أدلة الوصايا، فإنها تشمل الغني والفقير، مثل قوله تعالى: ﴿**الوصية للوالدين والاقربين**﴾ [2]. وغناهم لا يمنعهم من الحق الذي جعله الله لهم،

2 – أنـه صـلى اللـه علـيه وسـلم أوصـي لـه وقـبل الوصية، ولم يكن فقيرا ولا محتاجا، قال تعالى: ﴿**ووجدك عائلا فأغنى**﴾[3].

وقال بعضهم: لا تجوز الوصية لموسر، ولا لما لا يراد به القربة[4].

وحجتهم:

1 – حديـث انظـر قرابـتك الذيـن يحـتاجون ولا يـرثون، فأوص لهم من مالك بالمعروف[5].

فمفهـوم الذيـن يحـتاجون أن الذين لا يحتاجون لا يوصى لهم، وبه يقيد عموم الوصـية للوالديـن والأقـربين وغيرهمـا من الأدلة المطلقة بناء على حجية مفهوم المخالفة وصحة التخصيص له.

2 – قوله صلى الله عليه وسلم لأبي طلحة حين تصدق بحديقته: اجعلها لفقراء قرابـتك[6]. والحديـث وإن ورد في الوقـف فإن الوصية مقيسة عليه وملحقة به[7]. فيخص عموم الأدلة بهذا القياس على القول بصحة التخصيص به عند هؤلاء.

---

1 - انظر التمهيد 30/14 – سنن سعيد 116/1 .

2 - من الآية 180 البقرة.

3 - الآية 8 الضحى.

4 - الذخيرة 38/7.

5 - انظر الفتح القدير 156/1.

6 - رواه البخاري – الفتح 379/5.

7 - الفتح 379/5.

المطلب الحادي عشر :

في كونه غير صديق ملاطف

هذا الشرط أيضا من الشروط الشاذة، جمهور أهل العلم لا يشترطونه، وتجوز عندهم الوصية للصديق الملاطف والصديق غير الملاطف، كما تجوز لغير الصديق أيضا، وحجتهم عموم الأدلة[1].

وقال بعض المالكية تصح الوصية له بشرطين:

1- أن يكون ورثة الموصي ابناءه الذكور، أو الذكور والإناث، وإلا بطلت الوصية للتهمة[2].

2- عدم الدين لأجنبي.

إلا أن اشتراط السلامة من الدين صحيح، ولا يختص بالوصية للملاطف، وأما اشتراط أن يرثه أبناؤه الذكور، أو الذكور والإناث فإنه شرط لا يصح، لأنه يجوز للموصي أن يوصي بثلثه مطلقا، كان له أبناء ذكور يرثون أم لا، وقد أذن رسول الله صلى الله عليه وسلم لسعد بن أبي وقاص في الوصية بالثلث. بعدما قال له: أنه لا يرثني إلا ابنة لي، ولم يسأله هل سيوصي لصديق ملاطف، أم لغيره، وترك الاستفصال ينزل منزلة العموم في الأقوال.

وكأن هذا القائل قاس الوصية على الإقرار بالدين، فإنه يشترط فيه عند مالك أن يكون ورثة المقر أولاده، فإن كانوا عصبة لم يصح الإقرار للصديق الملاطف، إلا أنه لا وجه لهذا القياس، فإن الإقرار اخبار عن الواقع، ويخرج من رأس المال، فيمكن اتهام المقر بالكذب في إقراره لصديقه الملاطف، بخلاف الوصية فلا تهمة فيها، لأنها حق الموصي في ماله، يضعه حيث شاء، كما جاء في بعض الروايات، (إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة على أعمالكم فضعوه حيث شئتم).

---

[1] - انظر المدونة 296/4.

[2] - الذخيرة 154/7

المطلب الثاني عشر:

في كونه غير وال ولا حاكم على الموصي

هذا الشرط لم يذكره أثر الفقهاء، وأشار إليه بعض المتأخرين من المالكية، وأفتى ببطلان وصية الرعية لمن هو وال عليهم، وعلله بأنه من باب الرشوة، وثمن الجاه المنهى عنهما، والنهي يدل على فساد المنهى عنه، ولذلك يجب رد الوصية إلى ورثة الموصي[1].

ويشهد لهذا حديث البخاري في قصة ابن اللتبية (بعثه الرسول الله صلى الله عليه وسلم عاملا على الزكاة، فجاء بأموال، وقال: هذا لكم. وهذا أهدي إلي. فأنكر عليه النبي صلى الله عليه وسلم ذلك وقال: ما بال العامل نبعثه فيأتي فيقول: هذا لكم، وهذا لي، فهلا جلس في بيت أبيه وأمه فينظر أيهدي له أم لا؟) [2].

فإن ظاهر الحديث أن ابن اللتبية أخذت منه الهدايا التي أهديت له، وإن كان الحديث غير صريح في ذلك[3]. إلا أن هناك من الفقهاء من جزم بأنه صلى الله عليه وسلم أخذها منه. ووضعها في بيت المال[4].

وقال ابن قدامة يحتمل ردها لصاحبها، ويحتمل أن تجعل في بيت المال[5].

والحديث وإن كان واردا في الهدية فإن الوصية مثلها، لأن كلا منهما تبرع بمال، إلا أن الأولى في الحياة والثانية بعد الموت، وذلك لا يصلح فرقا بينهما في هذا الحكم، لأن في الجميع استغلال النفوذ والجاه، وهي العلة لمنع هذا التصرف وبطلانه.

---

1 - انظر النوازل الصغرى 224/4.

2 - رواه البخاري الفتح 164/12 .

3 - الفتح 167/13.

4 - ابن سلمون 193/2 – 194 - النوازل الصغرى 106/5.

5 - الفتح 163/13.

وحكى الزركشي ثلاثة أقوال في الهدية: الأول أنه يملكها، والثاني يردها إلى صاحبها، والثالث توضع في بيت المال. وجعل الخلاف في ذلك مبنيا على الخلاف الأصولي في مطلق الأمر، هل يتناول المكروه أو لا يتناوله[1].

المطلب الثالث عشر:

في اشتراط أن لا يكون أجنبيا تمنع دولته الوصية للمسلم

ومضمون هذا الشرط أن الموصى له الكافر إذا كان من دولة تمنع قوانينها الوصية للمسلم فإنه لا يجوز للمسلم أن يوصي لذلك الكافر معاملة له بالمثل.

على هذا النحو لا أصل له في الفقه الإسلامي، فإن فقهاء الإسلام في الوصية للكافر الحربي منقسمون بين مجيز ومانع، وليس فيهم من يقول: إذا كانت قوانين بلاده تجيز الوصية للمسلم تجوز الوصية له، وإذا كانت لا تجيز الوصية للمسلم لا تجوز الوصية له.

ولكن القانون المصري والسوري أحدثا هذا الشرط حيث جاء في القانون المصري المادة التاسعة تصح الوصية مع اختلاف الدين والمادة، وتصح مع اختلاف الدارين ما لم يكن الموصي تابعا لبلد إسلامي، والموصى له غير مسلم تابع لبلد غير إسلامي والموصى له غير مسلم تابع لبلد غير اسلامي. تمنع شريعته من الوصية لمثل الموصي، وهي عبارة تقتضي الاكتفاء في جواز الوصية للأجنبي بمبدأ إجازة قوانين بلده الوصية للمسلم، وإن اختلفت قوانينهما في مقدار الوصية المسموح بها لأجنبي في البلدين، بينما جاء في القانون السوري المادة 215 – الفقرة الثانية: إذا كان الموصى له أجنبيا تشترط المعاملة بالمثل، وهي عبارة أكثر دقة، وأشد تشددا باعتبار أنها لا تكتفي بأصل مسامحة قانون بلد الموصى له بالوصية للموصي، وإنما تشترط المعاملة بالمثل. فإذا كانت قوانين الموصى له لا تسمح بالوصية للموصي إلا في حدود عشرين بالمائة فإن الموصي لا يسمح له أن يوصي للموصى له إلا بذلك القدر معاملة بالمثل.

---

[1] - انظر البحر المحيط للزركشي 399/1.

وجاء القانون اللبناني أكثر صراحة في هذا الموضوع حيث يقول في مادته 11 – لا يصح الايصاء للأجنبي إلا إذا كانت شريعة بلاده تجيز الايصاء للبناني وبقدر ما تجيز الايصاء به، وكما قلت سابقا فإن هذا الشرط لا يتفق مع الفقه الإسلامي على اختلاف اتجاهاته، غير أن بعضهم حاول إيجاد سند فقهي له. فنسبته المذكرة التفسيرية المصرية إلى أبي يوسف وأبي حنيفة[1]. غير أن هذه النسبة غير دقيقة، فإن مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف المنع من الوصية للحربي، من غير فرق بين من تجيز قوانينه الوصية للمسلم ومن تمنعها[2]. كما أن القانون لا يختص بالحربي بل يعمه كما يعم المعاهد.

ولذلك اختار بعضهم سندا آخر وهو أن مستند الجواز في حالة ما إذا كانت قوانين بلاده تجيز الوصية للمسلم، وهو قول غير الحنفية الذين يجيزون الوصية للحربي، وأما مستند المنع في حالة ما إذا كانت قوانين بلاده تمنع الوصية للمسلم فهو قول الحنفية الذي يمنع الوصية للحربي.

إلا أنه رغم هذا التلفيق فإنه لا يساير رأي الحنفية الذين يمنعون الوصية للحربي مطلقا كما لا يساير مذهب من يجيزها مطلقا، وكان من الأفضل الأخذ بأحد المذهبين بدل الخلط بينهما للخروج برأي ثالث يخالف كلا الرأيين

---

1 - أحكام الوقف والوصايا ص 111.

2 - نفس المرجع ص 111 – 112.

المطلب الرابع عشر:

في كونه حرا

وهو شرط مختلف فيه، ولا حاجة للحديث عنه بعد اختفاء الرق.

المطلب الخامس عشر :

في التشريك بين أصناف الموصى لهم في الوصية الواحدة.

نخصص هذا المطلب للحديث عن الوصية المشتركة بين متعدد أو أصناف الموصى لهم.

ونقسمه إلى فروع الأول في الوصية لمعينين، والثاني في الوصية لمعين وجماعة محصورة، والثالث في الوصية لمعين وجماعة غير محصورة. والرابع في الوصية لمعين وجهة البر، والخامس في الوصية لجماعتين محصورتين، والسادس في الوصية لجماعتين غير محصورتين، والسابع في الوصية لجماعة محصورة وجماعة غير محصورة، والثامن في الوصية لجماعة محصورة وجهة من جهات البر، والتاسع في الوصية لجماعة غير محصورة وجهة من جهات البر.

الفرع الأول في الوصية لمعينين كالوصية لزيد وعمرو، وخالد:

وقد سبق أنها توزع على عدد الرؤوس، إلا بشرط من الوصي فيعمل به باتفاق المذاهب الأربعة[1].

1 - راجع ما تقدم في الوصية لمعين – المدونة 314/4.

الفرع الثاني في الوصية لمعين وجماعة محصورة، مثل الوصية لسعد وأخواله والوصية لعمرو وابناء عمه:

ومذهب مالك أن المعين هنا يعتبر كواحد من الجماعة، تقسم الوصية بينهم بالتساوي على عدد الرؤوس وهو قول الحنفية[1].

واختلف الحنابلة على قولين: الأول أن يجعل المعين كواحد من الجماعة، يأخذ كواحد منهم، لأن الموصي شرك بينه وبينهم في الوصية، والشركة تقتضي المساواة عند الاطلاق.

القول الثاني أن النصف للمعين وحده. والنصف للجماعة المذكورة معه، قياسا على الوصية لزيد والفقراء، فإن لزيد النصف، وللفقراء النصف، فكذلك هنا[2]. لأنه وصى لجهتين فتقسم بينهما بالتساوي.

الفرع الثالث في الوصية لمعين وجماعة غير محصورة مثل الوصية لزيد والفقراء:

وقد اختلف فيها، ومذهب المالكية أن المعين يعطي حكم المجهول، وهو واحد منهم، يعطي من الوصية باجتهاد المكلف بتوزيعها، في تقديمه وتأخيره، وفي مقدار ما يعطيه، ولا شيء لوارثه إذا مات قبل القسمة لأن هذه الوصية لا تستحق إلا بالقسم[3].

وقال أبو حنيفة والحنابلة: للمعين النصف وللفقراء النصف فإذا كان المعين أثنين فالوصية بينهم على ثلاثة كما لو أوصى لزيد وعمرو والفقراء، فإن لزيد الثلث، والثلث لعمرو، والثلث الباقي للفقراء، يقسم بينهم[4]. وهكذا إذا تعددت الجماعة غير المحصورة، أو تعدد المعين، ومن هنا قالوا فيمن أوصى لأمهات أودلاه وهن ثلاثة. وللفقراء والمساكين يعطى أمهات الأولاد ثلاثة أسهم، لكل واحدة سهم، وللفقراء سهم، وللمساكين سهم[5].

---

1 - المنتقي 174/6 – الفتاوي الهندية 105/6 – 121.

2 - المغني 126/6.

3 - انظر 184 الذخيرة 93/7 – الزرقاني وبناني 186/8 – المدونة 299/4. المنتقى 174/6

4 - راجع المغني 125/6 – الفتاوي الهندية 106/6.

5 - الفتاوي الهندية 106/6

وفي حالـة مـا إذا كان من لا يحصى لا تصح الوصية له فإن المعين يأخذ الوصية كلهـا، كمـن أوصـى لفلان وبنى تميم، أو أوصى لزيد والمسلمين، أو الفقهاء, والوصية كلهـا تكون لزيد، ولا شيء للمسلمين، والفقهاء، وبني تميم، بناء على أصل الحنفية من بطلان الوصية لمن لا يحصى إذا لم يكن في لفظ الموصى له ما يشعر بالحاجة[1].

واختلف الشافعية في هذا الفرع على أربعة أقوال:

الأول كقول المالكية أنه كواحد منهم، إلا أنه لايجوز حرمانه من العطاء، ويكفي إعطاؤه أقل ما يتمول، والثاني كقول أبي حنيفة أن له النصف إذا كان واحدا.

والثالـث أن لـه الـربع، والـرابع أنه كأحدهم في القسمة، فإن كان الفقراء ثلاثة أعطـي الـربع أو أربعـة إعطـى الخمـس، وهكذا، ولا يكفي على هذا القول إعطاؤه أقل متمول، بل لابد من عطائه قدر غيره ممن يشاركه.

وأضـاف الشـافعية أنـه إذا وصف الموصي هذا المعين بصفة الجماعة الموصى لها معـه، فتـبين خـلاف ذلـك، فإنـه لا يسـتحق شـيئا، كمـا لو قال في وصيته: لزيد الفقير والفقراء، فإنه إذا تبين أنه غني لم يكن له شيء، لأنه أوصى له بشرط الفقر فلم يوجد.

كما أنه إذا وصفه بوصف مميز فإنه يستحق نصف الوصية. كما لو أوصى لزيد الإمـام أو الكاتـب أو العـالم، أو المـدرس، والفقـراء أو الطلـبة، فـإن زيدا يعطى نصف الوصية والنصف الآخر للجماعة المجهولة.

وفي حالـة تعـدد الجماعـات يعطـى لكل جهة سهم يقسم بين أفرادها، ومن هنا قـالوا فـيمن أوصـى لأمهات أولاده وهن ثلاثة، وللفقراء والمساكين: تقسم الوصية على خمسة لكل أم ولد خمس، وللفقراء خمس وللمساكين خمس[2].

حجـة المالكية على اعتبار المعين كواحد من المجهولين معهم أن الموصي لما ضمه إليهم دل ذلك على قصده إعطاءه حكمهم، واعتباره كواحد منهم، فيعمل بقصده، لقيام القرينة الدالة عليه، ولعل هذا مبني على دلالة الاقتران، وهي ضعيفة عند الأصوليين.

---

[1] - نفس المرجع 121/6.

[2] - نهاية المحتاج 80/6.

وحجة من قال يعطى النصف أن العطف يقتضي التشريك بين المتعاطفين، والأصل في الشركة المساواة، فيحمل عليها عند الاطلاق، إلا أن هذا الاحتجاج مردود بأن العطف يقتضي التشريك في أصل الحكم دون تفاصيله، ومقدر النصيب، واحتج بعض بالقياس على الوصية لزيد وعمرو، لأن كلا منهما وصية بحقين ولمصرفين[1].

وأما حجة القول بإعطائه الثلث، والقول بإعطائه الربع فهما مبنيان على الخلاف في أقل الجمع فمن قال: اثنان أعطاه الثلث، ومن قال: ثلاثة أعطاه الربع.[2].

---

1 - المغني 125/6.

2 - راجع نهاية المحتاج 81/6.

الفرع الرابع في الوصية لمعين وجهة البر:

مثل الوصية لخالد والمسجد، أو لفلان والجامعة، وهي عند الشافعية والحنفية بينهما نصفين[1]. ومثله الوصية لزيد ولله، فإنه يعطى لزيد النصف، والنصف يصرف في وجوه البر والقرب، قال في المبسوط لو قال: ثلث مالي لفلان والحج كان نصفه لفلان، ونصفه للحج، لأن الوصية للحج وصية لله فصار كأنه أوصى لاثنين[2].

وفي حالة تعدد الجهات يعطى لكل جهة سهم، ولكل معين سهم، كما لو قال: ثلثي في الحج والزكاة والكفارات ولفلان، فإنه يقسم على أربعة[3].

الفرع الخامس في الوصية لجماعتين محصورتين:

كما لو أوصى بثلثه لأخواله وأعمامه، أو لأولاد أخيه وأولاد أخته.

والمذهب المالكي أنها توزع بينهم على عدد الرؤوس بالتساوي، أو بالاجتهاد على الخلاف السابق[4]، إلا أن يبين الموصي شيئا فيعمل به، كما لو أوصى لأولاد ابنه وأولاد ابنته على أن يكون لأولاد الابن النصف أو الثلثان، ولأولاد البنت ما بقي فإنه يعمل بشرطه.

ومذهب الشافعية أنه يجب استيعابهم، ولتسوية بينهم، لأنهم محصورون، وكل صنف محصور يجب تعميمهم، والتسوية بينهم وان اختلفت حاجتهم[5].

---

1 - نفس المرجع 80/6.
2 - المبسوط 160/23 – وانظر البدائع 373/7.
3 - الفتاوي الهندية 115/6.
4 - انظر المنتقى 174/6 الزرقاني 186/8
5 - نهاية المحتاج 79/6.

الفرع السادس في الوصية لأصناف من لا يحصى:

أو بعبارة أخرى لأصناف المجهولين غير المحصورين كالوصية للفقراء والمساكين والمجاهدين واليتامى.

وقد اختلف فيها. فقال المالكية توزع بحسب الاجتهاد بين الأصناف الموصى لهم وأفرادهم، ولا يلزم تعميم ولا تسوية، ولا تقسم على عدد الأصناف والأنواع الموصى لها[1].

وقال الشافعية: تقسم على عدد الأصناف أولا، فإذا كانت الوصية للفقراء والمساكين قسمت نصفين، وإذا كانت لليتامى والمرضى والمجاهدين مثلا قسمت أثلاثا وهكذا ثم يقسم سهم كل صنف على أهله على الطريقة السابقة في الوصية لمجهول غير محصور، وهو قول الحنفية والحنابلة[2].

الفرع السابع في الوصية لجماعة محصورة وأخرى غير محصورة:

كالوصية لبني فلان وللمساكين والوصية لقرابته وللمساكين.

وقد اختلف فيها، فقال المالكية: الوصية بينهما نصفين، نصف للجماعة المحصورة، يقسمونه بالتساوي على عدد الرؤوس، أو بالاجتهاد على الخلاف السابق، ونصف الجماعة المجهولة غير المحصورة يقسم بالاجتهاد، ولا يلزم تعميمهم ولا التسوية بينهم[3]. وقال الحنفية: لكل فرد من أفراد الجماعة المحصورة سهم، وللجماعة غير المحصورة سهم، فإذا كان بنو فلان في المثال المذكور ثلاثة فلهم ثلاثة أسهم، وللمساكين سهم، وإذا كانت الوصية لبني فلان، وهم أربعة، وللفقراء والمساكين قسمت على ستة، لكل ابن سهم، وللفقراء سهم وللمساكين سهم، كما قالوه فيمن أوصى لأمهات أولاده، وهن ثلاثة، وللفقراء والمساكين: أنها تقسم على خمسة، وقال الشافعية: تقسم على عدد الجماعات، لكل جماعة سهم، كانت محصورة، أو غير محصورة ولذا قالوا فيمن أوصى

---

1 - انظر المدونة 299/4 – الذخيرة 71/7 – المنتقي 174/6.

2 - نهاية المحتاج 174/6. الفتاوى الهندية 106/6 – المغني 125/6 – البدائع 373/3.

3 - انظر المنتقى 174/6 – الذخيرة 70/7.

لأمهات أولاده، وهن ثلاثة وللفقراء والمساكين: إن الوصية تقسم أثلاثا، ثلث لأمهات الأولاد، وثلث للفقراء وثلث للمساكين[1].

الفرع الثامن في الوصية للجهة والجماعة المحصورة:

مثل الوصية لبني أخيه وللمسجد، أو لأخواله والجامعة. والوصية في هذا تقسم بين الجهة وافراد الجماعة المحصورة لكل واحد سهم. فإذا كان بنو اخيه خمسة قسمت الوصية على ستة كما أنه إذا كان أخواله في المثال الثاني ثلاثة فإنها تقسم على أربعة[2].

الفرع التاسع في الوصية للجهة والجماعة غير المحصورة :

مثل الوصية للمسجد والفقراء أو الوصية للسبيل واليتامى والمساكين.

ومذهب مالك أن الوصية تقسم بالاجتهاد، ولا يتعين قسمها على عدد أصناف الموصى لهم، فلا يجب قسمها أنصافا في المثال الأول، أو أثلاثا في المثال الثاني[3].

وعلى مذهب الحنفية تقسم بين الجهة والجماعة غير المحصورة على حسب العدد، ففي المثال الأول تقسم أنصافا، النصف للمسجد والنصف للفقراء، وفي المثال الثاني تقسم أثلاثا، وإذا كانت الوصية للجماعة والمستشفى والمرضى قسمت أرباعا[4].

---

1 - انظر نهاية المحتاج 81/6.

2 - انظر الذخيرة 71/7-97.

3 - انظر الذخيرة 77/7 – أحكام الوقف والوصايا في الشريعة الإسلامية ص 128.

4 - البدائع 373/7.

المبحث الثالث:

في الموصى به

وهو كما قال ابن عرفة: كل ما يملك من حيث الوصية[1].

الموصى به هو محل الوصية، ويدور الحديث في هذا المبحث عن شروطه، ومقداره، وأنواعه، نخصص لكل واحد منها مطلبا.

المطلب الأول:

في شروطه

يشترط في الموصى به سبعة شروط بين متفق عليه، ومختلف فيه وبين شروط صحة وشروط نفاذ وهي على سبيل الإجمال.

1- أن يكون مالا.

2- متقوما.

3- قابلا للتمليك.

4- مملوكا للموصي.

5- غير معصية.

6- غير مستغرق بالدين.

7- غير زائد على الثلث.

ولتفصيلها نخصص لكل واحد منها فرعا.

---

1 - الرصاع ص 752.

الفرع الأول في كونه مالا:

وهو شرط في صحة الوصية المالية. لا بد أن يكون الموصى به مالا. كيفما كان نوعه، عقارا، أو حيوانا، أو عروضا، أو دينا، أو نقدا، عينا، أو منفعة، معلوما ، أو مجهولا، مقدورا عليه أم لا.

فإن كان الموصى به غير مال لم تصح الوصية به كالميتة والدم، وجلود الميتة قبل دبغها، والأعيان النجسة على اختلافها، وأجاز الشافعية الوصية بجلد الميتة، والميتة لإطعامها لكلابه، وبنجاسة يحل الانتفاع بها وبزبل[1]. لتسميد أرضه.

الفرع الثاني في كونه متقوما:

المقصود بالمتقوم، ما يحل الانتفاع به شرعا: وعبر عنه المالكية بما يصح تملكه[2].

فيدخل في ذلك الكلاب المأذون في اتخاذها للصيد أو الحراسة. والزيت المتجنس، لجواز الانتفاع به في غير المسجد، وما شابه ذلك.

فلا تجوز الوصية بما لا يجوز الانتفاع به شرعا، كالخمر، والخنزير، والكلاب غير المأذون في اتخاذها لأن الوصية تمليك، وهذه لا يصح تملكها شرعا[3].

الفرع الثالث في كونه قابلا للتمليك:

وهذا الشرط ذكره الحنفية هكذا، وفسروه بأن يكون الموصى به مما يصح تملكه بعقد من العقود أو بالإرث، لأن الوصية تمليك، وما لا يقبل التمليك لا يصح الايصاء به.

وفرعوا عليه صحة الوصية بالثمار الموجودة والمعدومة، والحمل الموجود في البطن، لأنها أشياء يصح تمليكها بالعقد أو الإرث.

1 - الفقه الإسلامي 85/8 – نهاية المحتاج 51/6.
2 - انظر البهجة 285/2.
3 - الفقه الاسلامي 45/8 – الذخيرة 29/7.

كما فرعوا عليه منع الوصية بالحمل غير الموجود، لأنه لا يقبل التمليك بعقد من العقود، وخالفهم الجمهور فأجازوا الوصية به[1].

وجعل المالكية والشافعية مكان هذا الشرط، أن يقبل النقل من شخص إلى شخص آخر بوجه من وجوه النقل، كلحم الأضحية وجلدها[2]. والمجهول، والمعجوز عن تسليمه، وما فيه غرر، لأنها تقبل النقل بالإرث والتبرع.

فإن كان لا يقبل النقل فلا تصح الوصية به، مثل الحبس، وحق الاختصاص بسكنى المدارس، والجلوس في الأسواق، والمساجد، والشفعة، فإن هذه الأشياء لا تصح الوصية بها، لأنها لا يصح نقلها من مستحقها إلى غيره.

الفرع الرابع في كونه مملوكا للموصي، أو غير محال كما عبر عنه الشافعية:

هذا الشرط يعده بعضهم في شروط الموصي، وبعضهم في شروط الموصى به. كما أن بعضهم يعده من شروط الصحة، وبعضهم يعتبره من شروط النفاذ، وقد سبق بحث ذلك، كما سبق بيان الوقت المعتبر في ملكه[3]. والأصل في هذا الشرط حديث (له شيء يوصى فيه) [4].فإنه يدل على أن الوصية إنما تكون فيما يملكه الموصي.

وقوله تعالى ﴿إن ترك خيرا﴾ فإنه يدل على أن الوصية إنما تكون فيما ملكه وتركه وراءه.

الفرع الخامس في كونه غير معصية:

وهو شرط متفق عليه بين الفقهاء فلا تصح الوصية بمعصية، باتفاق المذاهب الأربعة، لأن الوصية شرعت للتقرب إلى الله تعالى، وهو لا يتقرب إليه بمعصية، ولأن

---

1 - الفقه الإسلامي وأدلته 46/4.

2 - الشرقاوي 73/2 – الذخيرة 29/7 .

3 - انظر المنتقى 6/ 152 الشرقاوي 75/2.

4 - سبق تخريجه.

الوصية بمعصية إعانة عليها. ولا يجوز التعاون على المعصية إجماعا، لقوله تعالى: ﴿**ولا تعاونوا على الإثم والعدوان**﴾[1].

إلا أنهم اختلفوا في المعصية التي لا تجوز الوصية بها، فقال الظاهرية والشافعية والحنابلة هي ما حرمه الإسلام[2]. لقوله تعالى: ﴿**وأن أحكم بينهم بما أنزل الله**﴾[3].

ووافق الحنفية على اعتبار ذلك في حق المسلم، وأما الكافر فالمعتبر بالنسبة إليه شريعته، فما حرمته شريعته فهو معصية، لا تصح وصيته به، وإن كان غير حرام في الإسلام، وما ليس معصية في شريعته فوصيته به صحيحة، وإن كان محرما في الإسلام، ومن هنا قسموا وصايا الكافر إلى أربعة أقسام[4].

1- ما هو قربة في شرعنا وشرعهم، كإطعام الفقراء وعمارة بيت المقدس... والوصية بهذا صحيحة لمعين وغيره.

2- ما هو حرام في شرعنا وشرعهم، الوصية به صحيحة إن كانت لقوم بعينهم، وباطلة إن كانت لغير معينين.

3- ما هو قربة عندنا ومعصية عندهم، وهذا الوصية به صحيحة إن كانت لقوم معينين، وإن كانت لغير معنيين فهي باطلة.

4- ما هو معصية عندنا قربة عندهم، والوصية به صحيحة عند أبي حنيفة، سواء كانت لقوم معنيين أو غير معنيين، وقال صاحباه أبو يوسف ومحمد باطلة، إلا إذا كانت لقوم معينين، واتفقوا على صحتها إذا كانت من جنس المعاملات.

واختلف الفقهاء في كثير من الفروع اعتبر بعضهم الوصية بها باطلة، لأنها وصية بمعصية، واعتبرها آخرون وصية صحيحة، لأنها وصية بغير معصية. والسبب في ذلك اختلافهم في حرمة الموصى به وعدم حرمته، وكمثال على ذلك الوصية لمن يقرأ القرآن

---

1 - من الآية 2 المائدة.

2 - انظر المحلى 327/9 – المغني 105/6 – نهاية المحتاج 42/6 – الزرقاني 171/8.

3 - من الآية (المائدة)

4 - الفتاوي الهندية 131/6 – البدائع 341/7.

علـى قبره، قال الحنفية هي وصية باطلة، لتحريمهم القراءة على القبور، وأجازها الشافعية والمالكية لعدم تحريمهم ذلك[1].

الفرع السادس في كونه غير مستغرق بالدين:

هـذا الشـرط مـتفق علـيه كمـا سبق، إلا أن منهم من يعده من شروط الموصي، ومـنهم مـن يعده من شروط الموصى به. كما أن منهم من يعتبره شرط نفاذ وهو الجمهور، ومنهم من يعتبره شرط صحة كما سبق[2]. فلا حاجة لإعادته.

الفرع السابع في كونه غير زائد على الثلث:

وهو شرط متفق عليه لحديث: (الثلث، والثلث كثير أو كبير[3]).إلا أن الجمهور يـرونه شـرط نفاذ، في حين يراه الظاهرية ومن يوافقهم شرط صحة، كما يأتي توضيحه في المطلب التالي.

واتفـق الجمـيع علـى أنه لا يشرط في الموصى به أن يكون معلوما، ولا أن يكون معيـنا، فتصـح الوصـية بـالمجهول، والمعلـوم، وبـالمعين والمبهم، كما تصح بالمقدور عليه، والمعجوز عنه، وبالموجود والمعدوم، وبما فيه غرر، لأن الوصية تبرع يغتفر فيه ما لا يغتفر في المعاوضة من جهة، ولأنها رخصة شرعت لتدارك ما فات، فناسب التساهل في شروطها.

---

1 - انظر الفقه الإسلامي 136/8

2 - انظر ما سبق في شروط الوصية

3 - سبق تخريجه.

المطلب الثاني:

في مقـــدار الموصـــى بـه

ونقسمه إلى أربعة فروع. الأول في الوصية بالثلث فأقل. والثاني في الوصية بأكثر من الثلث إذا كان له وارث. والثالث في الوصية بأكثر من الثلث ممن لا وارث له. والرابع في وقت اعتبار الثلث.

الفرع الأول في الوصية بالثلث فأقل:

اتفق الفقهاء على صحة الوصية بالثلث ولزومها، وإن لم يجزها الورثة. لحديث: (الثلث والثلث كثير، أو كبير)[1]. وحديث (إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم...)[2] وحديث عمران بن حصين في الذي اعتق ستة اعبد له عند موته، (فأقرع النبي صلى الله عليه وسلم بينهم، فأرق أربعة، وأعتق اثنين[3]) ثم اختلفوا بعد ذلك على أقوال[4].

1ـ ذهب بعضهم إلى منع الوصية بالثلث ووجوب النقص عنه. كما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: الثلث جنف، والربع جنف.

2ـ وقال اسحاق بن راهويه: السنة الربع. إلا أن يكون الموصي رجلا يعرف في ماله الشبهات فعليه استغراق الثلث.

3ـ وفرق الشافعي بين من له ورثة أغنياء، ومن له ورثة محتاجون. فاستحب لمن ورثته محتاجون أن ينقص عن الثلث، وأجاز لغيره استغراق الثلث.

4ـ وفرق بعض الحنابلة بين الموصي الغني والفقير. فاستحب للغني استيعاب الثلث. وكره لغيره الوصية بالثلث.

5ـ واختار أكثر الحنابلة الوصية بالخمس.

1ـ سبق تخريجه.

2ـ سبق تخريجه.

3ـ سبق تخريجه.

4ـ راجع معالم السنن 77/4 ـ 78 ـ المغني 4/6 التهميد 382/8... الفتح 370/5 الرهوني 241/8، البدرية 355/2 الأم 108/4.

6ـ وذهب بعض أهل العلم إلى أن الوصية بالثلث خاصة بمن ليس له ورثة يرثون جميع التركة.

7ـ واستحب الحنفية والمالكية ومن وافقهم النقص عن الثلث بدون تحديد، سواء كان الورثة أغنياء، أم فقراء.

8ـ واستحب آخرون الوصية بالثلث مطلقا.

وسبب الخلاف اختلاف الروايات من جهة. واختلاف الفقهاء في فهم حديث سعد (الثلث والثلث كثير، انك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس).

فالقائلون بمنع الوصية بالثلث ووجوب النقص منه فهموا من قوله صلى الله عليه وسلم: الثلث والثلث كثير. ان هذا استكثار للثلث ومنع منه[1].

والقائلون باستحباب الثلث فهموا منه الترغيب فيه والحث عليه. وأن المقصود بالكثرة الكثرة في الأجر، ويؤيد هذا التاويل.

1ـ ما جاء في بعض الروايات من قوله صلى الله عليه وسلم: أوص بالثلث[2]. وأقل ما يحمل عليه الأمر هنا الندب.

2ـ رواية الثلث بالنصب على الاغراء وهو دليل الندب[3].

3ـ إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم ـ وهو عام في الغني والفقير. وفيمن ترك ورثة أغنياء أو فقراء، يحيطون بميراث أو لا.

4ـ القاعدة العامة أن الأجر يكثر بكثرة الصدقة، ويقل بقلتها. ولا تستوي الصدقة بالقليل والصدقة بالكثير، يدل على ذلك أنه صلى الله عليه وسلم (سئل عن أي الرقاب أفضل؟ فقال: أغلاها ثمنا، وأنفسها عند أهلها[4]). والوصية مثل الصدقة والعنق. تعظم بعظم الموصى به.

1ـ معالم السنن 78/4.

2ـ رواه سعيد بن منصور في سننه 106/1 ـ والنسائي. الفتح 365/5، سنن النسائي 243/6.

3ـ انظر الفتح 356/5، سنن النسائي 243/6.

4ـ رواه البخاري وغيره الفتح 148/5.

ويؤيد التأويل الأول:

1ـ سياق الحديث. فإنه جاء لبيان مقدار الوصية المسموح به. وعنه كان السؤال. ولم يأت لبيان الأفضل. فلا يصح الاحتجاج به فيما لم يسق له.

2ـ موافقته للرواية الأخرى، كبير من الكبر.

3ـ موافقته لعمل الصحابة. فإنهم كانوا يوصون بأقل من الثلث. ولا يتركون الأفضل لما هو مفضول[1].

4ـ موافقته لما روي عن ابن عباس رضي الله عنه من قوله: لو غض الناس إلى الربع لأن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: الثلث والثلث كثير. وفي رواية كان أحب إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم[2].

وتفسير الراوي الصحابي أولى من تفسير غيره كما يقول الأصوليون[3].

وحجة الشافعي في التفريق بين من ترك ورثته أغنياء ومن ترك ورثته فقراء. قوله صلى الله عليه وسلم: انك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس[4]. فإن هذا دليل على أن العبرة في مقدار الوصية بغنى الورثة وفقرهم. فإن كانوا أغنياء فلا يكره استيعاب الثلث. لأنه لا يؤثر على غناهم. وإن كانوا فقراء كان إبقاء المال لهم لإغنائهم أفضل من الوصية به لغيرهم. ولذلك يكره الوصية بجميع الثلث.

وحجة إسحاق ما روي عن ابن عباس من قوله: لو غض الناس إلى الربع كان أحب لرسول الله صلى الله عليه وسلم. إلا أن الشافعي رد تأويل ابن عباس بأنه صلى الله عليه وسلم لو كره الثلث لما أقر عليه سعدا ولأمره بالغض منه فإنه صلى الله عليه وسلم لا يقر أحدا على حرام ولا مكروه.

واستند الحنابلة في استحباب الخمس وتفضيله على الثلث بما روي عن علي وأبي بكر رضي الله عنهما من إيصائهما بالخمس. وقول علي رضي الله عنه: لأن أوصي

1ـ انظر سنن سعيد 107/1.
2ـ انظر البخاري بشرح الفتح 369/5.
3ـ انظر المحلى 89/2.
4ـ سبق تخريجه.

بالخمس أحب إلي من الربع، وقول أبي بكر رضي الله عنه رضيت لنفسي بما رضي الله به لنفسه. يعني قوله تعالى: ﴿**واعلموا انما غنمتم من شيء فأن لله خمسه...**﴾[1].

وقال الشعبي: كان الخمس أحب إليهم من الثلث. وأما الثلث فهو منتهى الجامح.

وأما من فرق بين الموصي الغني والفقير. فقد رأى أنه صلى الله عليه وسلم لم ياذن لسعد بالثلث إلا لأنه كان غنيا. كما جاء في بعض الروايات اني ذو مال كثير[2]. وقصروا الحكم على صورة السبب. كما أن من خص الثلث بمن كان له ورثة لا يحيطون بميراثه تمسك بما جاء في الحديث من قول سعد رضي الله عنه: ان لي مالا كثيرا وليس يرثني إلا ابنة لي[3]. فقصر الحكم على صورة السبب، وجعل الوصية بالثلث كاملا لمن ليس له وارث مستغرق.

والقولان معا ضعيفان مبنيان على قصر الحكم على صورة السبب، وهو خلاف الصحيح عند الأصوليين[4].

الفرع الثاني في الوصية بأكثر من الثلث لمن له ورثة محيطون بإرثه:

اختلف الفقهاء في الوصية بأكثر من الثلث لمن له ورثة يحيطون بميراثه من وجهين: في حكم الإقدام عليها ابتداء. وفي حكمها بعد وقوعها.

بالنسبة للنقطة الأولى هناك قولان بالكراهة والتحريم.

وسببهما أولا: الاختلاف في المسؤول عنه في حديث سعد، هل هو الجواز، أو الاستحباب؟ فمن قال: السؤال عن الجواز قال: قوله صلى الله عليه وسلم: لا، هو نفي للجواز أو نهي. والنهي للتحريم.

ومن رأي أن السؤال في الحديث هو سؤال عن الأفضل والمستحب قال: ان هذا نفي للاستحباب، فتثبت الكراهة.

1- من الآية 41 الأنفال - وانظر سنن سعيد 107/1.

2- انظر الفتح 368/5 - سنن النسائي 241/6.

3- رواه أبو داود في سننه معالم السنن 77/4.

4- انظر المحلي 24/2.

وثانيا: الاختلاف في صيغة النهي بعد الأمر والاستيذان، هل تدل على التحريم أم لا؟ فمن رآها للتحريم قال: بتحريم الوصية بأكثر، للنهي عنها. ومن رآها لا تدل عليه. قال: بكراهة الوصية بأكثر من الثلث[1].

والراجح هو الأول. لأن المتبادر إلى الفهم أنه سؤال عن الجواز، لا عن الاستحباب.

وأما بالنسبة للنقطة الثانية التي هي حكمها بعد وقوعها. فإن هناك ثلاثة مذاهب[2].

الأول: أنها وصية باطلة. ولا تجوز بإجازة الورثة. إلا أن يعطوه من مالهم. وهو مذهب الظاهرية والمزني من الشافعية، وابن الماجشون من المالكية.

والثاني: أنها صحيحة، موقوفة على إجازة الورثة. فإن أجازوها جازت، وان ردوها ردت، وان اختلفوا فردها بعض، وأجازها بعض آخر، فإن من أجازها تلزمه الزيادة بقدر نصيبه. ومن ردها لا يلزمه من الزيادة شيء.

والقول الثالث: أنها باطلة، إلا أن يجيزها الورثة. فتصح وتلزم، وسبب الخلاف أمران.

الأول: اختلاف الأصوليين في دلالة النهي على الفساد وعدمه. فمن رآه يدل على الفساد مطلقا، قال: ببطلانها. لأنه صلى الله عليه وسلم نهى عنها. والنهي للفساد.

ومن رآه لا يدل على الفساد مطلقا، أو لا يدل عليه إذا كان لأمر خارجي قال: بصحتها، ووقفها على إجازة الورثة. لمسها بحقهم. لأن النهي هنا لحق الورثة.

السبب الثاني: وهو قريب من الأول. وهو اختلافهم في حكمة منع الوصية بأكثر من الثلث، فمن قال: المنع تعبدي قال: لا تصح. ومن رآه معقول المعنى. وهو حق الورثة قال: بصحتها ووقفها على إجازة الوارثين. وهذا هو الرأي الراجح الذي يدل عليه. حديث (انك أن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس) فإن حرف

1- راجع البحر المحيط للزركشي 372/3 - مراقي السعود 165/1-166.

2- راجع الرهوني 241/8 - وما بعدها.

إن نص ظاهر في التعليل، كما يقول الأصوليون[1]. وبه أخذ القانون المغربي (ف197) والمصري (م37) والسوري (م238) وأنكر ابن حزم دلالة الحديث على علة منع الوصية بأكثر من الثلث، ورأى أن قوله عليه السلام إنك أن تذر ورثتك أغنياء ـ كلام مستأنف. لا يفيد التعليل[2].

ونشير في الأخير إلى أن الإجازة هنا كالإجازة في الوصية للوارث. يجري في هذه ما جرى في تلك من التفصيل. والخلاف، والترجيح.

الفرع الثالث في الوصية بأكثر لمن لا وارث له:

اختلف الفقهاء في الوصية بأكثر من الثلث لمن لا وارث له على أقوال.

الأول: أنها لا تصح في ثلث ولا أكثر، لأن ماله لبيت مال المسلمين. وهم ورثته، ولا وصية لوارث. وهو قول شاذ[3].

والقول الثاني: أنها صحيحة لازمة، لا تتوقف على إجازة بيت المال، وهو مذهب الحنفية واحد قولي الحنابلة وروى عن مالك[4]. وبه أخذ القانون المصري (المادة37ـف2) والقانون السوري (م238ـف4).

الثالث: أنها صحيحة في الثلث، باطلة فيما زاد عليه. وليس للإمام أن يجيزه. لأنه مال المسلمين وهو قول زيد بن ثابت، واحد قولي الشافعية، والحنابلة، والمشهور في مذهب مالك[5].

الرابع: أنها صحيحة في الجميع، موقوفة على إجازة الإمام إن أجازها جازت. وإن ردها لزمت في الثلث. بناء على أن للإمام حق الإجازة. وهو قول يروى عن أشهب من المالكية، وأنكره أصحابه[6].

---

[1] ـ انظر المحلى 317/2.

[2] ـ المحلى 317/9.

[3] ـ الفتح 373/5.

[4] ـ انظر المعيار 380/9 ـ الفتح 369/5 ـ البدائع 370/7.

[5] ـ انظر المغني 107/6 نهاية المحتاج 54/6ـ48.

[6] ـ المعيار 533/9.

وسبب الخلاف أمور ثلاثة، الأول هل النهي عن الوصية بأكثر من الثلث تعبد محض، أو معقول المعنى؟ والثاني هل بيت المال وارث، أو مجرد حائز غير وارث؟ والثالث تعارض الأدلة.

فمن رأى أن النهي معقول المعنى، وأنه معلل بحق الورثة، ورأى أن بيت المال غير وارث، قال بجوازها، ولو بجميع المال لمن لا وارث له، لانتفاء العلة.

ومن رأى أن النهي تعبد محض، أو أن بيت المال وارث، قال بالمنع لوجود الوارث الذي هو بيت المال. والأول أوفق بالحديث، والأصول، واللغة. فإن حديث سعد واضح في التعليل، لقوله صلى الله عليه وسلم: (انك أن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس). فإن كلمة إن نص ظاهر في التعليل. كما أنه ظاهر في أن المقصود بالورثة الورثة الخاصة غير بيت المال. ألا ترى إلى قول سعد: لا يرثني إلا ابنة لي. وإلى قوله عليه الصلاة والسلام: (ورثتك) بالإضافة للمخاطب. وإلى قوله (يتكففون الناس) فإن ذلك كله يدل على أن المقصود بالورثة غير بيت المال، وأن بيت المال غير وارث. فإنه لو كان وارثا لما قال سعد: لا يرثني إلا ابنة لي. ولما أقره صلى الله عليه وسلم على ذلك، لأنه لا يقر أحدا على خطأ. ولما قال الرسول صلى الله عليه وسلم (يتكففون) لأن بيت المال لا يتكفف. ولأن بيت المال لا يسمى وارثا لغة، ولا اصطلاحا، لهذا قال علي رضي الله عنه بالرد، ولم يورث بيت المال. إلا أن المالكية ومن معهم استدلوا على كون بيت المال وارثا بحديث، أنا وارث من لا وارث له، اعقله، وأرثه[1]. كما استدلوا على المنع بالقياس على من له وارث. بأن الأصل في الوصية المنع. لأنها تصرف بعد الموت، خولف ذلك في الثلث بدليل دل على الجواز. فيبقى الزائد على الثلث ممنوعا على الأصل. حتى يدل الدليل على الجواز. عملا بقاعدة الاستصحاب، وبقاء ما كان على ما كان[2].

إلا أن من أجازوا الوصية بأكثر من الثلث، قالوا: إن الوصية جاءت مطلقة في قوله تعالى: ﴿**من بعد وصية يوصي بها أو دين**﴾ قيدتها السنة بالثلث في حق من له وارث في حديث سعد، فبقي من لا وارث له على الجواز.

1ـ رواه أبو داود 123/3.

2ـ الذخيرة 32/7 ـ 33.

وقيد بعض المالكية الخلاف بما إذا كان للمسلمين بيت مال. وكانت الوصية بما زاد على الثلث لأغنياء. أو في وجه لا يصرفه فيه الإمام.

أما إذا كانت الوصية للفقراء، أو لجهة من الجهات التي يصرفه فيها الإمام. فإن الوصية بجميع المال تنفذ، ولا تعترض، كما أنه إذا لم يكن بيت مال منظم فإن الوصية تنفذ للموصى له، وقيل يعطى الموصى له الثلث، والباقي للفقراء[1].

كما أجاز المالكية لمن لا وارث له أن يحتال على بيت المال لإخراج ماله في طاعة الله، بأن يشهد في صحته بحقوق في ذمته، من زكوات، وكفارات تستغرق ماله، فإذا مات وجب تنفيذها ولو أتت على جميع التركة[2].

وقد سكت القانون المغربي عن الوصية بأكثر من الثلث لمن لا وارث له. ويفسر ذلك على أنه أخذ بمذهب مالك حسب الفصل 216.

الفرع الرابع في وقت اعتبار الثلث:

بالنسبة لهذا الفرع هناك ثلاثة أقوال:

الأول: وهو مذهب الظاهرية، واحد قولي الشافعية المعتبر يوم الوصية. فإذا أوصى له بثلث ماله لم يعط إلا ثلث ما كان موجودا له يوم الوصية. ولا شيء له مما تجدد بعدها، كما أنه إذا نقص ماله عما كان له يوم الوصية فإنه لا يكون له إلا ثلث ما بقي بعد النقص. ولو عاد ماله إلى ما كان عليه يوم الوصية[3].

وحجتهم القياس على من نذر ثلث ماله، فإنه يلزمه ثلث ماله يوم النذر. فكذلك الوصية يلزمه ثلثه يوم الوصية. إلا أنه قياس مردود. لأن النذر يلزم بالقول. والوصية تلزم بالموت. ولا تلزم بالقول، فلا يصح قياسها عليه[4].

1ـ الذخيرة 32/7 ـ 35.

2ـ الدسوقي 458/4.

3ـ انظر المحلى 321/9 ـ الفتح 369/5.

4ـ راجع المغني 155/6 نهاية المحتاج 54/6 ـ الفتح 369/5.

القول الثاني: أن المعتبر وقت الموت وهو مذهب الحنابلة، واحد قولي الشافعية، وبعض المالكية، وقال صاحب المغني لا أعلم فيه خلافا[1]. وحجة هذا القول أن الوصية تلزم بالموت، فكان المعتبر في الثلث هو وقت الوجوب. فيعطى ثلث التركة يوم الموت، أو ربعها إذا كانت الوصية بالثلث، أو الربع، وهكذا. ولا ينظر إلى ما كان يملكه يوم الوصية.

وإذا كانت الوصية بمعين كدار، أو أرض، أو سيارة اعتبرت قيمته يوم الموت. فإذا كانت تخرج من الثلث يوم الموت نفذت الوصية. واستحق الموصى له وصيته ولو صارت قيمته أكثر من الثلث بعد ذلك. كما أنه إذا هلك المال كله بعد الموت، وبقي الموصى به فقط فإنه يعطى للموصى له. ولا شيء للورثة فيه. فإذا أوصى بدار تساوي يوم الموت ألفا، وباقي التركة يساوي ألفين، فإن الدار كلها للموصى له، لخروجها من الثلث. فإذا ارتفعت قيمتها فصارت تساوي ألفين قبل القسمة، أو هلك بعض التركة، أو هبطت قيمتها فإن الدار للموصى له، لأن المعتبر يوم الموت. وكانت تساوي الثلث يومه.

كما أنه إذا كانت يوم الموت تساوي ألفين وباقي التركة يساوي ألفا فإنه يعطي نصف الدار فقط. فإذا هبطت قيمتها، أو ارتفعت قيمة باقي التركة، فصارت تساوي الثلث لم يكن له إلا نصفها، اعتبارا بوقت الموت[2].

القول الثالث: أن المعتبر يوم التنفيذ لا يوم الوصية. ولا يوم الموت. وهو المعتمد في مذهب مالك وحكى الاتفاق عليه غير واحد، وهو قول الحنفية. فإذا كانت الوصية بجزء شائع، كثلث أو ربع اعطي ثلث المال أو ربعه حسب وصيته يوم تنفيذ الوصية ويوم القسمة. زاد المال، أو نقص، لأنه شريك في التركة بجزء شائع، يجري عليه ما يجري على الورثة، فالزيادة لهم جميعا، والنقص عليهم جميعا[3].

وإذا كانت الوصية بعدد أو عين معينة اعتبر خروجها من الثلث يوم التنفيذ أيضا.

---

[1]- راجع المغني 155/6 ت نهاية المحتاج 59/6 ـ 54 الفتح 369/5 بدائع الصنائع 369/7.

[2]- انظر المغني 155/6.

[3]- انظر الزرقاني 139/8 ـ المعيار 408/9 ـ 409 الدردير 427/4 ـ كتاب الإجماع لابن المنذر ص 81 ـ 82 الفتاوي الخانية 453/6 أبا الحسن على الرسالة 198/2 ـ الرصاع ص 753.

فإذا كانت الوصية بمائة مليون، والتركة كلها ثلاثمائة مليون يوم الموت، فأصابتها آفة، أو هبطت قيمتها فصارت تساوي مائة وخمسين فقط، لم يكن للموصى له إلا خمسون فقط. لأنها ثلث التركة يوم التنفيذ، ولا عبرة بما كانت عليه يوم الموت.

وكذلك إذا أوصى بمعين قيمته يوم الموت خمسون، والتركة كلها مائة، ثم حصل فيها نمو فصارت تساوي مائة وخمسين يوم التنفيذ، فإنه يعطى الموصى به بكامله لمن وصي له به. لأنه ثلث التركة يوم التنفيذ، وإن كان أكثر من الثلث يوم الموت، لأن العبرة يوم التنفيذ.

واتفق الجميع على أن المعتبر هو ثلث المال الباقي بعد مؤونة التجهيز، وقضاء الديون التي على الميت. للإجماع على تقديمها على الوصية. ولأنهما من رأس المال. كما دلت على ذلك السنة النبوية في قضائه صلى الله عليه وسلم بالدين قبل الوصية[1].

وبه أخذ القانون المغربي في الفصل 198 الذي يقول: يعتبر الثلث بالنسبة لما تبقى من التركة بعد وفاء الحقوق التي تخرج قبلها من التركة. إلا أنه نص ناقص لا يوضح متى يعتبر ذلك هل حين الموت، أو يوم التنفيذ. إلا أن مقتضى الفصل 216 ـ يكمل هذا النقص ويكون المراد يوم التنفيذ الذي هو المعتمد في المذهب المالكي.

كما أن كلا من القانون المصري والسوري اكتفيا بالنص على تنفيذ الوصية من ثلث ما يبقى من التركة بعد وفاء الدين. المادة 238 سوري ـ والمادة 38 مصري.

ويبقى السؤال عن المعتبر في التقويم والمسؤول عنه. والجواب أن المعتبر في التقويم هو العدل الخبير بالقيم. ويكفي الواحد. ولا يقبل غير العدل. ولا غير الخبير. لأن الأول لا يوثق به. والثاني لا معرفة له[2].

وإذا قوم الخبير الوصية بقيمة، وادعى الورثة قيمة أعلى. وطلبوا أن يأخذها الموصى له بالقيمة التي يقولون. أو يأخذها هم، فالعمل بقيمة الخبير. ولا يجابون لما

1ـ سبق تخريجه.

2ـ النوازل الصغرى 527/4.

طلبوه. وبه وقعت الفتوى في امرأة أوصت لرجل بثلث مالها على أن تكون دار سكناها من جملة الثلث[1].

1- نفس المرجع والصفحة.

المبحث الرابع:
في الصيغة

الوصية من العقود التي تنعقد بإرادة واحدة باتفاق الفقهاء. إلا أنها مع ذلك لابد فيها من القبول في بعض الحالات. لذلك نقسم هذا المبحث إلى مطالب، الاول في الإيجاب. والثاني في القبول. والثالث في تقييد الوصية وإطلاقها.

المطلب الأول:
في الإيجاب من الموصي

المقصود بالإيجاب ما يعبر به الموصي عن إنشاء الوصية. أو بعبارة أخرى هو كل ما يدل على معنى الوصية، ويفهم منه قصدها وإنشاؤها، دون التقيد بصيغة معينة، لأن الوصية عقد. والقاعدة العامة في العقود أن العبرة فيها بالمعاني، لا بالألفاظ، ولا يشترط فيها لفظ مخصوص ولا عبارة معينة.

ولهذا قال ابن عرفة: الصيغة ما دل على معنى الوصية، فيدخل اللفظ والكتابة والإشارة[1].

ومن هنا تنوعت الصيغة إلى ثلاثة أنواع: القول، والكتابة، والإشارة، نخصص لكل منها فرعا.

الفرع الأول في القول:

يتفق الفقهاء على انعقاد الوصية بالقول الدال عليها، كانت الدلالة عليها بالوضع، أو بالقرينة. قال ابن شاس هي كل لفظ مفهم قصد الوصية بالوضع. أو القرينة، نحو أوصيت، وأعطوه، أو جعلته له، أو هو له إذا فهمت الوصية بذلك[2].

1_ الرصاع ص 754.

2_ الذخيرة 54/7.

فإن كان اللفظ محتملا للوصية وغيرها فالمعتبر ما فهمه الشهود عند تحمل الشهادة من الوصية ، أو الوعد بها، أو تبتيل العطية. وإن لم يفهموا شيئا من ذلك فالعمل على القرائن اللفظية[1].

وقسم الشافعية الإيجاب إلى صريح، وكناية، فالصريح لا يحتاج إلى نية، والكناية تحتاج إليها. فالصيغة الصريحة عندهم ما كان الإشعار بها فيه قويا، سواء كان بالوضع، أو بالقرينة، مثل أوصيت، ووصيت، وما اشتق منهما، وإن لم يقل بعد موتي. وادفعوا له أو اعطوه، أو جعلته له. أو وهبته، له أو تصدقت به عليه، أو ملكته له، أو هو له إذا قال في جميع ذلك بعد موتي، أو بعد عيني، أو إن قضى الله عليه.

فإن اقتصر على قوله اعطوه أو ادفعوه له ولم يزد بعد موتي كان توكيلا على العطاء، ينقطع بالموت ونحوه من كل ما تبطل به الوكالة، ولا شيء للمامور له بالعطاء بعد موت الآمر، لأنها وكالة بطلت.[2] وهو قول الحنفية أيضا.

وإن اقتصر على قوله وهبته له أو تصدقت. أو ملكت ولم يزد بعد موتي، أو عيني، أو إن قضى الله علي فهي عطية ناجزة، ولو وقع ذلك جوابا لقول من قال له: أوص لفلان.

أما إذا اقتصر على قوله هو لفلان، فإنه يعتبر إقرارا، لا وصية إلا أن يقول: هو له من مالي. فيكون كناية عن الوصية، لتعذر حمله على الإقرار حينئذ نظرا لقوله: من مالي. فلم يبق إلا حمله على الوصية، أو الهبة الناجزة، لاحتمال اللفظ لهما، فلا يحمل على الوصية إلا بنية. فإذا علمت نيته فذاك وإلا بطل.

والكناية عندهم ما احتمل الوصية وغيرها. مثل قوله عينت له هذا، أو هذا له، أو ثلث مالي للفقراء على الراجح عندهم.

وتنعقد الوصية عندهم بالقول الصريح من غير نية. وبالكناية بشرط اقترانها بالنية، ولابد من الاعتراف بالنية نطقا من الموصي أو وارثه[3].

---

[1]- المعيار 496/9.

[2]- نهاية المحتاج 63/6 ـ 64.

[3]- نفس المرجع.

وقال الحنفية: الصيغة أن يقول: أوصيت لفلان بكذا. أو جعلت لفلان ثلث مالي بعد موتي، ونحو ذلك من الألفاظ المستعملة في الوصية[1].

وقال الحنابلة يشترط في الصيغة أن تدل على معنى الوصية مثل وصيت وأوصيت، وأعطوه من مالي بعد موتي كذا، أو جعلته له بعد موتي، أو هو له بعد موتي، ونحو ذلك مما يؤدي معنى الوصية[2].

الفرع الثاني في الكتابة:

لا خلاف في مبدأ انعقاد الوصية بالكتابة من القادر على النطق، والعاجز عنه[3]. والأصل في ذلك حديث (ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده[4]، فإنه لو كانت الوصية لا تنعقد بالكتابة لما كانت فائدة في الأمر بكتابتها. والحث عليها. وهو عام في القادر على النطق، والعاجز عنه، لأن لفظ امرئ نكرة في سياق النفي فتعم. وقال الشافعية لابد من النية. إلا أنه اختلف في الاكتفاء بمجرد الكتابة في إثبات الوصية وتنفيذها. على أقوال[5].

الأول: الاكتفاء بها إذا عرف خط الموصي، سواء أشهد عليها أم لا. وهو قول أبي عبيد، وإحدى الروايتين عن أحمد. وحجته حديث ابن عمر السابق. وقوله فيه: ووصيته مكتوبة عنده.

والقول الثاني: أنه لا يعمل بها حتى يشهد عليها. وهو قول الشافعية، وأصحاب الرأي، وإحدى الروايتين عن أحمد.

وحجتهم آية المائدة **﴿يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم﴾**[6].

---

[1]ـ الفتاوي الهندية 133/6.

[2]ـ الفقه على المذاهب الأربعة 326/2.

[3]ـ الرصاع ص 754 وبناني 176/8 نهاية المحتاج 64/6.

[4]ـ سبق تخريجه.

[5]ـ انظر الفتح 369/5 ـ المغني 69/6.

[6]ـ من الآية 106 المائدة.

والقياس على الشاهد، والقاضي. فإن الشاهد إذا عرف خطه ولم يذكر شهادته لم يجز له أداؤها. ولا يعمل بها، والقاضي إذا عرف خطه ولم يتذكر حكمه لا يجوز له تنفيذه. فكذلك خط الموصي إذا عرف لم يجز الاعتماد عليه. إلا بالإشهاد منه، أو بإقرار من ورثته. لاحتمال رجوعه، واحتمال التلبيس والتزوير في الخط ولأنه قد يكتبها غير عازم على تنفيذها[1]. وتأولوا حديث ابن عمر بان المراد بالكتابة الشهادة، وبأن فيه إضمارا، والتقدير ووصيته مكتوبة مشهود عليها[2]. وهي احتجاجات غير قوية.

أما آية المائدة فالشهادة فيها بمعنى اليمين، أو بمعنى الحضور، أو الوصية، وليس بمعناها العرفي[3]. وأما القياس على خط الشاهد والقاضي فهو قياس على مختلف فيه، فإن الراجح المعمول به في المذهب المالكي أن الشاهد إذا عرف خطه ونسي شهادته يجب عليه أداؤها، ويعمل بها[4].

ثم هناك فرق بين الشاهد والموصي يمنع صحة القياس، لأن الشاهد مازال حيا، فعدم تذكره لشهادته يخلق ريبة في الجملة، بخلاف الموصي فإنه قد مات.

وأما الاحتجاج باحتمال التدليس، واحتمال الرجوع فيرده أن الاحتمالين معا يرجعان إلى الشك في وجود المانع، وهو لا أثر له في الحكم، كما أن احتمال الرجوع موجود حتى مع الإشهاد، فإنه يحتمل أن يكون قد رجع. إلا أنه لا أثر له. لأن الأصل الاستصحاب، وبقاء ما كان على ما كان.

أما احتمال عدم العزم عند الكتابة فهو أيضا من قبيل ما قبله. لأنه احتمال وجود المانع الذي هو الهزل في الوصية، وعدم الجد فيها.

ويحتمل أنه من قبيل الشك في وجود الشرط الذي هو القصد والجد. وهو يؤثر.

وأما تأويل الكتابة في حديث ابن عمر بالشهادة، أو دعوى إضمار الشهادة فيه، فكلاهما خلاف الأصل، لأن الأول مجاز بلا قرينة، والثاني إضمار بلا دليل. وكلاهما

1- الزرقاني 198/8.

2- الشرقاوي 79/2 الفتح 396/5.

3- راجع الجامع لأحكام القرآن 224/6.

4- البهجة 101/1 ـ 102.

خلاف الأصل. لا يصح حمل الحديث عليهما، أخذا بقاعدة الحقيقة مقدمة على المجاز. وقاعدة الاستقلال مقدم على الإضمار[1].

القول الثالث: وهو المشهور المعمول به في المذهب المالكي انه لا يعمل بها إلا إذا اشهد الموصي الشهود على أن ما في الوثيقة المكتوبة بخطه هي وصيته. أو قال للشهود، أو للورثة: نفذوا ما فيها، سواء قال لهم ذلك بلسانه، أو كتب بخطه في وصيته إذا مت فلينفذ ما كتب بخطي على الراجح.

ومثل ما كتبه بخطه ما كتب بخط غيره إذا ثبت أنه قرأه على الشهود، أو قرئ عليه، فإنه لا يعمل به إلا إذا اشهد أن ذلك وصيته، أو قال: نفذوها.

وفيما عدا ذلك لا يعمل بها. وان ثبت أنها خطه، أو قرأها على الناس ما دام لم يشهد عليها، ولم يقل نفذوها[2]. وقد أخذ القانون المغربي بنحو من هذا في الفصل 193 ـ فشرط في الوصية المكتوبة بخط الموصي أو المنعقدة بتلاوته لنصها ما يوذن بالأمر بتنفيذها.

الفرع الثالث في الإشارة:

الحكم في الإشارة يختلف باختلاف الإشارة، والمشير بها.

فالإشارة المبهمة التي لا يفهم المراد منها لا تنعقد بها الوصية اتفاقا. كما أن الإشارة المفهمة تنعقد بها إجماعا، إذا كان المشير بها أخرس خلقة.

واختلف في القادر على الكلام. والعاجز عنه بعد أن كان قادرا عليه.

أما القادر فالمشهور في مذهب مالك أنها تنعقد بإشارته. وقال ابن شعبان من المالكية لا تنعقد الوصية بالإشارة من القادر على الكلام، وهو مذهب الشافعية، والحنفية، والحنابلة. وقال في المغني: لا خلاف أن إشارة القادر لا تصح بها وصية ولا إقرار[3].

وكأنه رأى أن البدل لا يقوم مقام المبدل منه في حال القدرة عليه.

1ـ انظر الفتح 369/5 ومفتاح الوصول ص 55 ـ 58.

2ـ راجع الزرقاني وبناني 198/7 جنى الزهر الآس في شرح عمل أهل فاس 131.

3ـ انظر المغني 103/6 ـ الزرقاني 176/8 الخرشي 432/5 نهاية المحتاج 65/6.

والصحيح الأول، فإن الإشارة المفهمة تقوم مقام الكلام في الإفهام. والدلالة على المقصود، والتفاهم والتخاطب. وقد اكتفى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالإشارة في كثير من الأمور، وعمل بمقتضاها في العبادات، والمعاملات، وفي الدماء، والقصاص الذي هو أعظم من الوصية. والأحاديث في ذلك كثيرة، فقد صلى عليه الصلاة والسلام قاعدا، وأشار إلى أصحابه فقعدوا[1]. وتقاضى كعب بن مالك دينا له علي ابن أبي حدرد، وارتفعت أصواتهما، فأشار النبي صلى الله عليه وسلم إلى كعب بيده الكريمة أن ضع الشطر، ففعل[2]. وكان يسلم عليه وهو في الصلاة فيرد السلام على أصحابه بالإشارة[3].

وقتل يهودي جارية، فسألوها عن قاتلها، فأشارت إلى اليهودي قاتلها حين ذكر لها اسمه، فعمل النبي صلى الله عليه وسلم بإشارتها في الدعوى عليه، فجيء به فاعترف فاقتص منه[4].

وأما المعتقل لسانه لآفة أصابته فقال المالكية والشافعية تصح وصيته بالإشارة المفهمة، سواء كان قادرا على الكتابة أم لا.

وقال الثوري والاوزاعي والحنابلة لا تصح. وقال الحنفية لا تصح إلا أن يطول ذلك به فتصح وصيته. إلا أن منهم من حد الطول بسنة. ومنهم من حده بستة أشهر، ومنهم من حده بشهر واحد، وفي رواية عن أبي حنيفة إذا استمرت عقلته إلى حين الموت[5].

حجة من أجازها ما ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن أصحابه من الاعتداد بالإشارة في العبادات، والمعاملات من القادر، فالعاجز أحرى. وقياس الإشارة على القول بجامع أن كلا يفهم المقصود، ويبين المراد. وأن المعاملات تنعقد بما يدل عليها. وان بمعاطاة. وحجة من منعها قياس العاجز على القادر، بجامع أنه غير ميؤوس من نطقه[6].

1- رواه البخاري ومسلم نيل الأوطار 169/3.
2- رواه البخاري الفتح 307/5.
3- رواه الترمذي، انظر سنن الترمذي بشرح عارضة الاحوذي 388/1 ـ 389.
4- رواه البخاري الفتح 371/5.
5- انظر المغني 103/6 ـ الفتاوي الهندية 109/6 ـ أحكام الوقف والوصايا في الشريعة الإسلامية ص 43.
6- المغني 103/6.

وهو قياس لا يصح لأنه قياس على مختلف فيه. فإن القادر تصح منه الإشارة كما سبق. ثم هو قياس مع وجود الفارق، فإن القادر غير معذور عند القائلين بعدم الاعتداد بإشارته، بخلاف العاجز فإنه معذور، لا قدرة له على الكلام. ولا يكلف الله نفسا إلا وسعها، كما قال تعالى. ثم هو معارض بقياسه على الأخرس خلقة. بجامع العجز في كل، وان كان في أحدهما أصليا، وفي الآخر طارئا، وهذا أولى من قياسه على القادر. فإنه من قياس الشيء على ضده، وهو لا يصح.

بالإضافة إلى أنه قياس مع وجود النص في الجملة، وهو الأحاديث السابقة. وحديث: (إذا أمرتكم بأمر فاتوا منه ما استطعتم) [1]. والإنسان مأمور بالوصية وجوبا. أو ندبا على الخلاف والتفصيل السابقين. والعاجز لا يقدر على الوصية إلا بالإشارة. فإبطال وصيته بالإشارة المفهمة حرمان له من حقه في الوصية، الذي أعطاه له الله ورسوله. وقد يفاجئه الموت قبل القدرة على الكلام. ولعل هذا هو الذي حدا بأبي حنيفة أن يقول بصحتها بالإشارة من المعتقل لسانه، والمريض إذا استمر عاجزا عن الكلام حتى مات.

وقد أخذ القانون المغربي بانعقاد الوصية بالإشارة المفهمة، بشرط العجز عن الكلام والكتابة، حسبما جاء في الفصل 191 ـ الذي يقول (تنعقد الوصية بما يدل عليها من عبارة أو كتابة. وكذلك الإشارة إذا كان الموصي عاجزا) مخالفا بذلك مشهور مذهب مالك، والراجح فيه من انعقادها بالإشارة مطلقا من القادر، والعاجز. متبعا في ذلك القانون المصري في مادته الثانية، والقانون السوري في مادته 208 اللذين يقولان: تنعقد الوصية بالعبارة أو بالكتابة، فإذا كان الموصي عاجزا عنهما انعقدت الوصية بإشارته المفهومة.

---

[1] ـ متفق عليه، انظر نيل الأوطار 261/1.

المطلب الثاني:

في القبـــول والـــرد

ونقسمه إلى فروع: الأول في مفهوم القبول والرد، وما يتمان به. والثاني في كون القبول ركنا أو شرطا. والثالث في وقت القبول والرد. والرابع في تجزئتهما. والخامس في وفاة الموصى له قبلهما. والسادس فيمن له الحق في القبول والرد.

الفرع الأول في مفهوم القبول والرد وما يتمان به:

بالنسبة لمفهوم القبول هناك رأيان:

الأول: مذهب الجمهور أن المراد به الموافقة على الوصية، والرضا بها ممن له الحق في ذلك.

والثاني: وهو رأي الحنفية أن المراد به عدم الرد الصادق بالموافقة، وبالسكوت حين لا موافقة ولا رد. ويظهر أثر الخلاف في حالة وفاة الموصى له قبل القبول والرد. وبعد وفاة الموصي، فعلى مذهب الجمهور يعتبر القبول غير حاصل. وينتقل الحق في القبول والرد لورثته. وعلى مذهب الحنفية يعتبر القبول حاصلا. لعدم وقوع الرد. وبذلك تنتقل الوصية لورثة الموصى لهم ملكا، ولا حق لهم في ردها[1].

والرأي الأول أصح، لأن القبول عمل إيجابي، يعبر عن رضا الموصى له. فإذا لم يصدر منه ما يدل عليه لا يمكن ادعاء حصوله، خاصة وأن السكوت لا يدل على الرضا عند كثير من الفقهاء والأصوليين، كما أنه قد يموت قبل علمه بالوصية، فلا يمكن القول بأن سكوته دليل على رضاه في هذه الحالة.

والرد هو ضد القبول، وهو رفض الوصية. وعدم الموافقة عليها.

وأما بالنسبة لما يحصلان به، فإن مذهب جمهور الفقهاء من المالكية، والحنفية والحنابلة أن القبول يحصل بالقول. والكتابة، والإشارة، وبالفعل أيضا، من كل ما يدا على الرضا بالوصية، والموافقة عليها من لدن الموصى له، أو من له الحق في ذلك.

---

[1]- انظر بدائع الصنائع 331/7 ـ الفقه الإسلامي وأدلته 17/8 ـ 18.

وقال الشافعية في المشهور عندهم: لا يتم القبول إلا بالقول، ولا يكفي فيه الفعل[1].

والأصح مذهب الجمهور قياسا للفعل على القول، بل هو أقوى منه في الدلالة على القبول أحيانا. وقياسا للوصية على الهدية، فإنه يكفي في قبولها الفعل. كما تدل على ذلك مختلف الأحاديث الصحيحة. والوصية مثلها بجامع أن كلا تبرع بمال.

والرد كالقبول في حصوله بالقول، والكتابة والإشارة، والفعل قياسا على الإيجاب والقبول. فإذا قيل له هذه وصية فلان فقال: رددتها. أو لا حاجة لي بها، أو أنا غني عنها، أولا تليق بي[2]. أو مزق وثيقتها، أو كتب جوابا بردها، أو قيل له: هل تقبلها فأشار برأسه أو يده أن لا، كان ذلك كله ردا للوصية، لدلالة ذلك على الرفض والرد، والعبرة في العقود بالمعاني لا بالألفاظ.

وإذا قال قبلتها. أو شكرا له على وصيته. أو أشار برأسه بقبولها أو أخذها وتصرف فيها، أو كتب جوابا بقبولها كان ذلك كله قبولا للوصية، معتبرا شرعا، بخلاف السكوت، فلا يعتبر قبولا ولا ردا.

الفرع الثاني في اعتبار القبول ركنا أو شرطا:

بالنسبة لهذا الفرع هناك أقوال مختلفة.

الأول: يرى أصحابه أن القبول ركن من أركان الوصية كالإيجاب. وهو قول أبي حنيفة وصاحبيه[3].

الثاني: أنه شرط صحة فيها، وعزاه في البداية لمالك[4].

والثالث: أنه شرط صحة في لزومها وتنفيذها، وهو المشهور في مذهب مالك[5].

1- راجع المغني 25/6 ـ الفقه على المذاهب الأربعة 316/3.

2- نهاية المحتاج 66/6.

3- بدائع الصنائع 331/7 ـ الفقه على المذاهب الأربعة 316/3.

4- بداية المجتهد 336/2.

5- الزرقاني 177/8 ـ الذخيرة 54/7.

والقول الرابع: أنه شرط في تنفيذها، وملكية الموصى له للموصى به[1].

والخامس أنه ليس بركن ولا شرط. وهو رواية عن زفر، وقول الشافعي[2].

ومما ينبني على هذا الخلاف الاختلاف في ملكية الموصى به، وفي غلته قبل القبول، نخصص لكل واحد منهما نقطة.

أ- ملكية الموصى به قبل قبول الوصية لمن هي؟

ب - الاختلاف في الغلة الحادثة بعد موت الموصي وقبل القبول.

وبالنسبة للنقطة الأولى هناك ثلاثة أقوال[3].

الأول: أن الملك للموصى له بمجرد وفاة الموصي، بناء على أن القبول ليس ركنا، ولا شرطا، وهو أحد أقوال الشافعية، والمالكية ومن وافقهم، وحجتهم.

1- القياس على الإرث فإنه يدخل في ملك الوارث بالموت، فكذلك الوصية، بجامع أن كلا منهما ملك مترتب على الموت.

2- القياس على الوصية للفقراء، فإنها تدخل في ملكهم بمجرد الموت.

3- انه لا يصح بقاء الوصية على ملك الموصي، لموته، والميت لا يملك. كما لا يصح انتقالها للوارث، لقوله تعالى: ﴿**من بعد وصية يوصي بها أو دين**﴾[4]. فالإرث بعد الوصية، وإذا لم يصح بقاؤها على ملك الموصي، أو الورثة تعين كون الملك للموصى له بالموت.

4- انه قصد الموصي في وصيته، فإنك لو سالت أي واحد من الموصين لقال: انه يريد أن تسلم الوصية للموصى له بمجرد موته.

1- الفقه على المذاهب الأربعة 317/3.

2- بداية المجتهد 336/2 بدائع الصنائع 331/7 - 332 الفقه على المذاهب الأربعة 317/3.

3- انظر نهاية المحتاج 66/6 المغني 25/6 الزرقاني وبناني 177/8 - الذخيرة 55/7 - 56 الحطاب 367/6.

4- من الآية 11 النساء.

القول الثاني: أن الوصية لا تدخل في ملك الموصى له إلا بالقبول إذا كانت لمعين، بناء على أن القبول ركن، أو شرط في الصحة أو الملك. وهو أحد أقوال المالكية، والشافعية. وقول الحنفية والحنابلة. وحجتهم:

1ـ القياس على البيع والهبة وغيرهما من العقود، بجامع أن كلا يفتقر إلى القبول، فلا يتقدم عليه.

2ـ أن القبول إما شرط، أو جزء من السبب. والحكم لا يتقدم على شرطه، ولا على سببه ولا على جزئه.

3ـ قوله تعالى: وان ليس للإنسان إلا ما سعى[1]. فإن ظاهره أن الإنسان لا يملك شيئا بغير سعيه. فلو ثبت الملك للموصى له بدون قبول، لثبت له بدون سببه. وهو منفي بنص الآية وعمومها.

4ـ أن دخوله في ملكه بغير قبوله يؤدي إلى الإضرار به من وجهين: لحوق المنة له، ولزوم الإنفاق على الموصى به الذي لا نفع فيه كالعبد المقعد والزمن[2].

وردوا القياس على الإرث بأنه قياس مع وجود الفارق. فلا يصح. فإن الوصية ترد بالرد، والإرث لا يرد بالرد. والميراث قهري، وإلزام ممن له ولاية الإلزام. وهو الله تعالى بخلاف الوصية.

كما أن القياس على الوصية للفقراء لا يصح أيضا، لوجود الفرق، لأن غير المعين يتعذر منه القبول، بخلاف المعين. فإذا سقط القبول في غير المعين لعذر فلا يسقط في المعين لعدم العذر. وقبول المحل لصدور القبول منه[3].

كما أن القول بأنه لا يصح بقاؤه ملكا للميت، ولا انتقاله للوارث فيتعين كونه ملكا للموصى له هو تقسيم غير حاصر، واستقراء غير تام، ولا يتم به الاحتجاج، لأن هناك احتمالا آخر. وهو وقفه حتى يرد أو يقبل.

1ـ من الآية 39 ـ النجم.

2ـ انظر بدائع الصنائع 332/7.

3ـ المغني 26/6.

وأما قوله تعالى: من بعد وصية. فمعناه من بعد وصية مقبولة[1].

القول الثالث: أن الملك بعد موت الموصي موقوف، غير محكوم به لأحد. فإن قبل الموصى له بان انه ملكه بالموت. وان رد بان أنه ملك للوارث من حين الموت. وهو أظهر الأقوال عند الشافعية. وقول المالكية. وحجته أنه لا يصح بقاؤه على ملك الميت لموته. ولا انتقاله للوارث، لقوله تعالى: ﴿**من بعد وصية يوصي بها**﴾[2] كما لا يصح جعله للموصى له لعدم قبوله. وهو شرط أو ركن يلزم من عدمهما العدم. فتعين وقفه. وعدم الحكم به لأحد. حتى يتبين الأمر بالقبول أو الرد.

2ـ النقطة الثانية الاختلاف في الغلة الحادثة بعد الموت وقبل القبول.

بالنسبة لهذه النقطة هناك ثلاثة مذاهب[3].

الأول: أنها ملك للموصى له كلها، سواء في ذلك غلة الأشجار وكراء ما يكرى، بناء على دخول الموصى به في ملك الموصى له بالموت من غير حاجة إلى قبول. وأخذا بقاعدة: من ملك شيئا ملك غلته. وحديث (**الخراج بالضمان**)، والضمان على الموصى له بالموت، فتكون الغلة له بالموت.

والقول الثاني: أنها للورثة بناء على بقاء الملك للميت، أو الوارث قبل القبول، وأن القبول ركن أو شرط في الملك. فما دام لم يقبل فالملك للميت أو الوارث، وتكون الغلة للموصي يرثها ورثته، أو لورثته مباشرة لاستحالة ملك الميت.

والقول الثالث: أن للموصى له ثلث الغلة. والثلثان للورثة، وهو مذهب الحنفية وأعدل الأقوال عند المالكية، كما قال سحنون أو أشبهها كما قال التونسي[4].

ووجهه أن الوصية بالأصل تستتبع الوصية بالغلة. فإذا كان الموصى به وغلته يخرجان من الثلث أخذهما. وإذا كان الثلث يحمل الموصى به دون غلته، فإنه يعطى

1ـ نفس المرجع.
2ـ من الآية 11 النساء.
3ـ انظر الذخيرة 56/7 ـ خليل بشرح الزرقاني 177/8.
4ـ المدونة 312/4.

للموصى به كله لحمل الثلث له، كما يعطى ثلث غلته باعتبار أن الغلة موصى بها لا يحملها الثلث، فيعطى ثلثها فقط.

الفرع الثالث في وقت القبول والرد:

الوصية عطية لا يستحقها الموصى له إلا بالموت ولا تجب له قبله إجماعا. ولهذا كان الوقت المعتبر لقبولها أو ردها هو ما بعد موت الموصي، لا قبله[1]. فإن قبلها بعد موته لزمت، وإن ردها بعده بطلت. ولو كان قبلها قبل الموت أو تسلمها، لأنه أسقط حقه بعد وجوبه. وفي رواية عن زفر أنها لا تبطل بردها بعد الموت، كالإرث، بناء على أن القبول ليس ركنا، ولا شرطا. كما أن القبول بعد ردها بعد الموت لا أثر له[2].

واختلف إذا ردها قبل الموت ثم قبلها بعده، فالجمهور أنها لا تبطل، وله قبولها بعد الموت. وقال بعض المالكية تبطل بردها قبل الموت[3].

ومنشأ الخلاف اختلافهم في إسقاط الشيء قبل وجوبه. كإسقاط الشفعة قبل البيع. فمن رآه لازما قال تبطل الوصية بردها قبل الموت، ومن رآه غير لازم قال: لا تبطل بردها قبل الموت، لأنه إسقاط للشيء قبل وجوبه. وفي الحالتين معا إذا بطلت تعود لورثة الموصي.

واتفق الشافعية والمالكية على أن الرد قبل الوصية لا يضر، لأنه إسقاط الشيء قبل وجود سببه، خلافا لما تفيده فتوى بعض المالكية من بطلانها بالرد قبل الوصية[4].

ويبقى الرد بعد القبول وبعد وفاة الموصي. وفيه حالتان.

الأولى: الرد بعد قبولها وقبضها. وهو رد لا أثر له. لاستقرار ملك الموصى له على الوصية بقبولها وقبضها، باتفاق المالكية والشافعية والحنابلة، إلا أن يرضى الورثة بردها، فتكون هبة منه لهم، تجري على أحكام الهبة. وله في هذه الحالة أن يردها على جميع الورثة، أو يخص بها بعضهم دون بعض، لأنها صارت مالا من أمواله، يملك حق

1- انظر البداية 336/2 ـ المبسوط 49/27 ـ المغني 22/6 الام 102/4.
2- الفتاوي الهندية 90/6 ـ أحكام الوقف والوصايا لفراح 59 ـ الدسوقي 424/4.
3- الفتاوي الهندية 90/6 المعيار 243/9 ـ الحطاب 367/6 الام 102/4.
4- الذخيرة 56/7 ـ نهاية المحتاج 66/6 المعيار 244/9.

التصرف فيها كيف شاء، بإمساكها، أو ردها لجميع الورثة، أو بعضهم[1]. وقد أوصى البراء بن معرور لرسول الله صلى الله عليه وسلم بثلثه. فقبله، ورده على ورثته[2].

وقال الحنفية إن ردها على بعض الورثة قبل استقرار الملك دخل معه باقي الورثة، بناء على أن الرد فسخ للوصية فترجع ميراثا[3].

الحالة الثانية: الرد بعد القبول وقبل القبض. وللشافعية فيها قولان: الأول انه يصح الرد مطلقا، في المكيل، والموزون، وغيرهما. والثاني وهو المعتمد عندهم انه لا يصح فيهما معا.

وفرق الحنابلة بين المكيل والموزون، وغيرهما، فاتفقوا على صحة الرد قبل القبض إذا كان الموصى به مكيلا، أو موزونا. واختلفوا في غير المكيل والموزون على قولين، بصحة الرد وعدمه[4].

وقال الحنفية يجوز الرد بعد القبول مطلقا، قبل القبض وبعده. استحسانا، بشرط قبول الورثة ولو واحدا منهم[5].

والخلاصة أن القبول والرد قبل الموت لا يعتد بهما. وأن الرد بعد القبول. والقبول بعد الرد لا أثر لهما إذا وقعا بعد الموت، أما الرد بعد الموت وقبل القبول. أو القبول بعده وقبل الرد فإنه يعتد بهما. وقال الحنفية يصح الرد بعد القبول إذا قبل الورثة أو بعضهم.

وبه أخذ القانون المصري في المادة 24 التي تقول: لا تبطل الوصية بردها قبل موت الموصي... إلى أن يقول (فإذا رد الموصى له الوصية كلها، أو بعضها بعد الموت، وقبل القبول بطلت فيما رد. وان ردها كلها، أو بعضها بعد الموت والقبول، وقبل منه ذلك أحد الورثة انفسخت الوصية. وان لم يقبل منه ذلك أحد منهم بطل رده) وتابعه على ذلك القانون السوري في مادته 229 ـ التي تقول: لا عبرة بقبول الوصية بعد الرد. ولا

1ـ المغني 22/6 ـ 23 ـ نهاية المحتاج 66/6.
2ـ سبق تخريجه.
3ـ المبسوط 49/27.
4ـ المغني 22/6 ـ 23 ـ نهاية المحتاج 66/6 الام 102/4.
5ـ الفقه الإسلامي وأدلته 19/8 ـ 20.

الرد بعد القبول. إلا أن يقبل الورثة، إلا أن عبارته تقتضي اشتراط قبول جميع الورثة. أما القانون المغربي فاكتفى بالقول في الفصل 186 ـ لا يعتبر رد الموصى له إلا بعد وفاة الموصي.

واتفقت المذاهب الأربعة على أنه لا يشترط الفور في القبول أو الرد عقب الموت، إلا أنه كما يقول الشافعية، من حق الورثة أو من ينوب عنهم أن يطالب الموصى له بالقبول، أو الرفض إذا تراخى في القبول، أو الرد، لرفع الضرر عنهم، بانتظار قبوله أو رده. ويخيره الحاكم، فإن أبى من القبول والرد حكم عليه بإبطال وصيته، قياسا على من حجر مواتا، وامتنع من احيائه. وقال الشافعية أيضا يجب على الولي القبول أو الرد فورا، بحسب المصلحة، فإن امتنع عنادا انعزل، أو متأولا قام الحاكم مقامه[1]. وقال القرافي يجوز تأخير القبول بنحو الشهرين[2]. والمذهب عدم التحديد. قياسا على الحبس والصدقة فإن للمحبس عليه القبول ولو بعد أعوام[3].

وحدد القانون السوري أجل الرد بثلاثين يوما، من تاريخ الوفاة، إن كان عالما، ومن تاريخ العلم بالوصية إن لم يكن عالما حين الوفاة، وإلا اعتبر قابلا بمضي المدة، وهو حاضر ساكت عالم، ولم يبق له حق في الرد، حيث جاء في المادة 227 ـ 1 ـ يشترط في الرد أن يكون بعد وفاة الموصي، وخلال ثلاثين يوما، أو من حين علم الموصى له بالوصية. إن لم يكن عالما حين الوصية.

2ـ إذا انقضت هذه المدة وهو ساكت عالم. أو مات الموصى له خلالها دون أن يرد. ولو كان غير عالم بالوصية اعتبر قابلا، وكانت الوصية تركة له.

في حين اعتبر القانون المصري أجل ثلاثين يوما حقا للورثة، أو من له تنفيذ الوصية، إذا اختاروا استعجال الموصى له في القبول أو الرد، ففي هذه الحالة يمكنهم إبلاغ الموصى له بإعلان رسمي، مشتمل على بيان كاف عن الوصية، وطلب القبول أو الرد، فإذا لم يجب خلال ثلاثين يوما تعتبر الوصية باطلة، حسبما جاء في المادة 22 ـ لا يشترط في القبول ولا في الرد أن يكون فور الموت، ومع ذلك تبطل الوصية إذا بلغ

1ـ نهاية المحتاج 66/6.
2ـ انظر الذخيرة 54/7 البهجة 206/2.
3ـ انظر البهجة 206/2 ـ 207 ـ الذخيرة 54/7.

الوارث، أو من له تنفيذ الوصية الموصى له بإعلان رسمي، مشتمل على بيان كاف عن الوصية. وطلب منه قبولها أو ردها، ومضى على علمه بذلك ثلاثون يوما كاملة، خلاف مواعد المسافة القانونية ولم يجب بالقبول أو الرد كتابة، دون أن يكون له عذر مقبول.

الفرع الرابع في تجزئة القبول والرد:

الوصية تختلف عن غيرها من العقود في جواز تبعيض الصفقة. فالموصى له بالخيار، إن شاء قبل الوصية كلها، أو بعضها. فإذا أوصي لشخص بدار وأرض فله قبول الأرض دون الدار، والعكس. وله قبول بعض الدار، أو الأرض، ولا كلام للورثة في جميع ذلك، لأنه لا ضرر عليهم في قبول البعض، ورد البعض.

كما أنه إذا أوصى لأكثر من واحد، فإنه يجوز للموصى لهم القبول والرد. وإذا قبل بعضهم ورد البعض جاز ذلك، وصحت الوصية في نصيب من قبل. وبطلت في نصيب من رد. وعادت ميراثا بين الورثة يحاصصون بها أصحاب الوصايا، كانت الوصية بمعين أو شائع[1]. وقد أخذ بهذا القانون المغربي (ف187) والمصري (م23) والسوري (م228) وقال الحنفية فيمن أوصى بمعين لرجلين في لفظ واحد تبطل الوصية كلها برد أحدهما، لأنه أوصى لهما به مجتمعين، فإذا رد أحدهما لم يوجد الشرط الذي هو موافقة القبول للإيجاب[2].

الفرع الخامس في وفاة الموصى له قبل القبول والرد:

الأمر هنا يختلف باختلاف وقت وفاة الموصى له, فقد يموت قبل موت الموصي، أو معه، أو بعده فهما حالتان: ـ بالنسبة لوفاته قبله أو معه هناك ثلاثة أقوال.

الأول بطلان الوصية مطلقا، علم الموصي بموته قبله أم لا. وهو مذهب الأئمة الأربعة وأصحابهم، وجمهور أهل العلم[3].

---

[1] ـ راجع الذخيرة 136/7 الام 202/4 ـ 204.

[2] ـ بدائع الصنائع 334/7.

[3] ـ انظر المدونة 315/4 ـ الذخيرة 135/7 نهاية المحتاج 66/6 المغني 28/6.

وحجته القياس على الإرث، ولأن الوصية إنما تجب بالموت، فإذا مات قبله لم يبق لها محل ومستحق، والقول الثاني صحتها مطلقا، ويستحقها ورثة الموصى له. وهو قول الحسن البصري[1].

والقول الثالث التفصيل بين علمه بوفاته وعدمه. فإن علم بوفاته ولم يغير وصيته فهي لورثة الموصى له. وإن لم يعلم بوفاته بطلت، وعادت لورثة الموصي، وهو قول عطاء[2].

وحجة هذا القول أن الموصي لما علم بوفاة الموصى له ولم يغير وصيته كان ذلك دليلا على أنه قصد جعلها لورثته، وإبقاءها لهم. فتعطى لهم، ولأن استمراره على وصيته بمنزلة إنشاء وصية جديدة لورثة الموصى له، بخلاف ما إذا لم يعلم. فإن الوصية تبطل، لاحتمال أنه لو علم بوفاته لرجع عن وصيته.

إلا أن هذا توجيه ضعيف، معارض باحتمال أنه لم يغير وصيته بعد علمه بوفاته لمعرفته ببطلان الوصية بموته. والأموال لا تنتقل بالشك.

وكذلك اختلف إذا كانت الوصية لجماعة، فمات أحدهم، فقيل نصيبه لشركائه، وقيل يعود للورثة، وقيل بالفرق بين العلم وعدمه. فإذا علم فنصيبه لباقي الموصى لهم. وإن لم يعلم يبطل، ويعود للورثة[3].

ـ وأما بالنسبة للحالة الثانية التي هي وفاته بعد وفاة الموصي وبعد قبوله، فإن هناك اتفاقا على أن الوصية تورث عنه إذا مات بعد قبولها، لاستحقاقه لها بالقبول، ومن مات عن حق فلوارثه. وأما من مات قبل القبول فهناك ثلاثة أقوال:

الأول بطلانها بالموت. وهو قول أبي بكر الأبهري، وبعض الحنابلة، وحجته القياس على الهبة، بجامع أن كلا عقد يفتقر إلى القبول، فإذا مات من له القبول بطل، والقياس على خيار البيع والشفعة[4]. وكلا القياسين ضعيف، ومن باب القياس على

1ـ سنن سعيد بن منصور 144/1.

2ـ انظر المغني 28/6.

3ـ ابن سلمون 162/2.

4ـ انظر الرهوني 236/8 ـ المغني 24/6.

المختلف فيه، فإن القبول في الهبة والخيار في العيب، والشفعة تورث، لعموم حديث: (من ترك حقا فلوارثه).

والقول الثاني انها لورثة الموصى له يستحقونها بموته، ولا خيار لهم في ردها، وهو مذهب الحنفية[1]. والثالث أن لورثة الموصى له الخيار في قبولها وردها، كما كان للموصى له ذلك في حياته، أخذا بحديث: من ترك حقا أو مالا فلوارثه. وقياسا على الشفعة، وخيار البيع، وهو المشهور في المذهب المالكي، والحنبلي والشافعية[2]. إلا أن المالكية استثنوا حالة واحدة، وهي إذا كان الموصي يريد بوصيته عين الموصى له وشخصه. فإن الوصية تبطل بوفاته، وليس لوارثه القبول حينئذ[3].

وحجتهم في هذا الاستثناء القياس على الهبة إذا قصد بها عين الموهوب له، فإنها تبطل بموته قبل القبول، وإن شك في موت الموصى له، هل كان قبل موت الموصي أو بعده، أو جهل ذلك بطلت الوصية، ولا شيء لورثة الموصى له. قياسا على الإرث[4].

والخلاصة أن وفاة الموصى له قبل موت الموصي، أو معه مبطل للوصية على الصواب. بخلاف موته بعد وفاة الموصى له فإن ورثته يحلون محله في القبول والرد عند الجمهور، خلافا للحنفية القائلين بلزوم الوصية بموت الموصى له بعد موت الموصي.

وقد أخذ القانون بمذهب الجمهور فنص في الفصل 211 الفقرة الاولى على بطلان الوصية بموت الموصى له قبل الموصي. ونص في الفصل 185 على أن ورثة الموصى له يرثون عنه حق الرد. ويلزم من ارث حق الرد حق القبول، إلا أنه كان الاولى النص صراحة على حلول الورثة محل الموصى له في القبول والرد. كما فعل القانون المصري في مادته 21 ـ حين يقول: إذا مات الموصى له قبل الوصية وردها قام ورثته مقامه في ذلك. وهو وإن كان نصه يشمل وفاة الموصى له قبل موت الموصي إلا أن المادة 14 جاءت صريحة في بطلان الوصية بوفاة الموصى له قبل الموصي فتقيد المادة: 21 المادة 14.

[1] ـ انظر الفقه الإسلامي وادلته 14/8 بدائع الصنائع 332/7.
[2] ـ المدونة 296/4 ـ نهاية المحتاج 66/6 المغني 24/6.
[3] ـ الزرقاني 177/8.
[4] ـ الذخيرة 14/7.

أما القانون السوري فقد أخذ بمذهب الحنفية القائل باعتبار الوصية لازمة بمجرد وفاة الموصى له بعد وفاة الموصي، ولا حاجة لقبولها من طرف الورثة، كما لا حق لهم في رفضها، حيث جاء في المادة 227 الفقرة الثانية إذا انقضت هذه المدة وهو ساكت عالم، أو مات الموصى له خلالها دون أن يرد ولو كان غير عالم بالوصية اعتبر قابلا، وكانت الوصية تركة.

في حين وافق الجمهور في المادة 220 ـ على بطلان الوصية بموت الموصى له قبل الموصي.

الفرع السادس فيمن له حق القبول والرد:

الأمر في هذا الفرع يختلف باختلاف الموصى له. فقد يكون شخصا معينا، وقد يكون غير معين. والمعين قد يكون رشيدا تام الأهلية. وقد يكون فاقد الأهلية، أو ناقصها، أو جنينا. وغير المعين قد يكون جماعة غير محصورين، أو جهة. فالأقسام خمسة.

1ـ الموصى له المعين الرشيد، يتفق الفقهاء القائلون بافتقار الوصية للقبول على وجوب قبول الرشيد. وأن حق القبول والرد له وحده، دون سواه، إن شاء قبل، وإن شاء رد، ولو كان مفلسا، ولا حق لغرمائه في جبره على القبول، لقضاء دينه، أخذا بقاعدة أن المفلس لا يجبر على التكسب لوفاء دينه[1]. أخذا بقوله تعالى: ﴿**وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة**﴾[2].

2ـ الموصى له المعين الناقص الأهلية، وهو الصغير المميز، والسفيه المولى عليه.

وقد اتفق الفقهاء على أنه لا يعتد برده، لأنه محض ضرر. واختلفوا في الاعتداد بقبوله. فقال الحنفية له الحق في القبول، ويعتد بقبوله، وهو القول الراجح في مذهب مالك. لأنه محض نفع له[3].

1ـ انظر الزرقاني 177/8 ـ المغني 448/4 نهاية المحتاج 66/6 الخرشي 191/3.

2ـ من الآية 280 البقرة.

3ـ الرهوني 236/8 الفقه الإسلامي وأدلته 21/8.

وقال الشافعية والحنابلة وبعض المالكية لا يعتد بقبوله، كما لا يعتد برده. وأن الحق في ذلك لوليه، من أب، أو وصي، أو حاكم. ويجب على الولي مراعاة المصلحة في القبول والرد. فإن أجاز ما لا مصلحة فيه، أو رد ما المصلحة في إجازته، كانت إجازته ورده باطلين، لأن النائب معزول عن غير المصلحة. فيرد ما لا مصلحة في إجازته. ويمضي ما في إجازته مصلحة[1].

فإن كان مهملا فله القبول عند المالكية بالاحرى. وإذا سلمه الورثة الوصية، فاستهلكها فلا ضمان عليهم. كما قال اللخمي، لأنهم فعلوا ما أوصى به الميت. بخلاف المولى عليه، فإن الوصية تدفع لوليه، إلا أن يعلم أن الموصي قصد دفعها للمحجور، توسعة عليه، فتعطى له[2].

واتفقوا على أن فاقد الأهلية، وهو المجنون، والمعتوه، والصبي الذي لا يميز، ليس له القبول والرد. ولا يعتد بما يصدر عنه، لفقدان أهليته. والأمر لوليه في القبول والرد، في حدود المصلحة[3].

3ـ الجنين الموصى له، اختلف في الجنين الموصى له من يقبل عنه، فقال المالكية، وبعض الشافعية، والحنابلة يقبل له وليه بعد ولادته. ولا يعتد بقبوله قبل ولادته. لأنه لا يستحق الوصية إلا بعد ولادته حيا. فالقبول قبل الاستحقاق لغو[4]. وقال الحنفية لا حاجة لمن يقبل عنه، والوصية تدخل في ملكه بمجرد موت الموصي. ولا حاجة لقبولها[5]. ومنشأ الخلاف اختلاف الفقهاء في الولاية على الجنين، فمذهب الجمهور أنه تجوز الوصاية عليه. وقال الحنفية لا يولى عليه، لعدم حاجته إلى الولاية ما دام جنينا في بطن أمه.

1ـ الزرقاني 177/8.

2ـ الذخيرة 91/7.

3ـالزرقاني 177/8 الفقه الإسلامي وأدلته 21/8..

4ـ النوازل الصغرى 46/3 المعيار 362/9.

5ـ أحكام الوقف والوصايا في الشريعة الإسلامية ص 68.

4ـ الموصى له غير المعين، مذهب الأئمة المالكية، والحنفية، والشافعية، والحنابلة أن الوصية لغير معين تلزم بالموت. ولا تحتاج إلى قبول، لتعذره من الجميع[1]. ولا يتعين واحد منهم فيكتفي بقبوله.

5ـ واختلف في الوصية للجهة كالمسجد، والجامعة، والمستشفى، فقال المالكية لا تحتاج الوصية إلى قبول، لتعذره منها، وقال بعض الشافعية يقبل المسؤول عنها، كناظر المسجد، ورئيس الجامعة مثلا. وهو قول الشيعة الامامية إذا كانت الوصية لغير محصورين، أو لجهات. فإن لم يكن لها من يمثلها لزمت الوصية بوفاة الموصي. ولا حاجة للقبول حينئذ، لاستحالته من الموصى له، وعدم وجود من ينوب عنه[2].

والخلاصة أن الموصى له المعين الرشيد له وحده حق القبول والرد، والمعين غير الرشيد ينوب عنه وليه في القبول والرد، وإذا كان جنينا لا يقبل له إلا بعد ولادته. بخلاف غير المعين كالفقراء. وغير الإنسان كالمساجد فإن الوصية تلزم بموت الموصي، ولا تحتاج لقبولها.

وقد أخذ القانون المصري بهذا الرأي بالنسبة للرشيد. وشرط في قبول الولي أو رده موافقة المجلس الحسبي. وبالنسبة للجهات، والمنشآت جعل القبول والرد لمن يمثلها إن كان، وإلا لزمت الوصية من غير توقف على قبولها، وذلك ما أشار له في الفصل 20 ـ الذي يقول: تلزم الوصية بقبولها من الموصى له صراحة، أو دلالة بعد موت الموصي. فإذا كان الموصى له جنينا، أو قاصرا أو محجورا عليه يكون قبول الوصية أو ردها ممن له الولاية على ماله. بعد إذن المجلس الحسبي. ويكون القبول عن الجهات والمؤسسات والمنشآت ممن يمثلها قانونا. فإن لم يكن لها من يمثلها لزمت الوصية بدون توقف على القبول.

1ـ الزرقاني 177/8 المغني 25/6 ـ نهاية المحتاج 65/6.

2ـ انظر نهاية المحتاج 65/6 أحكام الوقف والوصايا لفراج ص 68.

المطلب الثالث:

في الوصية المطلقة والمقيدة

تتنوع الوصية باعتبار صيغتها إلى وصية مطلقة، ووصية مقيدة، لذلك نقسم هذا المطلب إلى فرعين، الأول في الوصية المطلقة، والثاني في الوصية المقيدة.

1ـ الوصية المطلقة، وهي الخالية من التعليق صراحة وضمنا. غير الموت. مثل قوله: أوصيت لفلان، أو متى حدث بي حدث الموت فثلثي لفلان، أو إن مت فداري لفلان، ونحو ذلك.

وهي ذات صور أربعة، تصح في ثلاثة. وتبطل في واحدة.

تصح إذا كانت غير مكتوبة، أو مكتوبة وأبقى الموصي الكتاب عنده حتى مات، أو أخرجه من يده ووضعه تحت يد الموصى له أو غيره، وتركه بيده حتى مات الموصي، ففي هذه الحالات تصح الوصية إذا كان أشهد عليها.

وتبطل إذا كتبها، ووضعها تحت يد غيره، ثم استرجعها منه في صحته أو مرضه، لأن استرجاع الوصية ممن هي عنده دليل على رجوعه عن الوصية. فتبطل حينئذ ولو كان أشهد عليها.

2ـ الوصية المقيدة، وهي التي قيدها الموصي صراحة أو ضمنا بقيد من القيود. وعلقها عليه، فالصريح مثل قوله: إن مت من مرضي هذا، أو سفري هذا، أو في هذا العام، أو في هذا البلد فلفلان كذا.

والضمني مثل وصية المريض في حال مرضه. والمسافر في سفره. سواء قال: إن مت في مرضي هذا، أو سفري هذا، أو قال إن مت ولم يزد. أو قال: يخرج عني كذا وكذا. ولم يذكر الموت. فإن ذلك يعتبر تقييدا بموته من ذلك المرض، وفي ذلك السفر بقرينة الحال التي هو فيها[1].

---

[1]ـ انظر بناني 181/8.

وهي مثل المطلقة في عدد صورها الأربع. وتصح في ثلاث: في حال توفر شرطها، بأن مات في مرضه ذلك، أو سفره، وهي إذا كانت بغير كتاب لم يخرجه. أو أخرجه ولم يسترده. فإن أخرجه واسترده فقولان بالصحة والبطلان.

وفي حالة تخلف شرطه الذي علق عليه وصيته فإن الوصية تبطل في ثلاث صور، وهي إذا كانت بغير كتاب. أو بكتاب ولم يخرجه. أو أخرجه واسترده. وتصح في صورة واحدة. وهي إذا كانت بكتاب أخرجه ولم يسترده.

الفصل الثالث:
في أنـــــواع الوصيـــة

تتنوع الوصية باعتبار محلها الموصى به إلى ستة أنواع. لأن الموصى به إما تصرفات، وإما أعيان. وإما منافع، وإما مرتبات. وإما تصديق المدعين في دعاويهم، وإما عبادات.

لذلك نقسم هذا الفصل إلى ستة مباحث: الأول في الوصية بالتصرفات. والثاني في الوصية بالأعيان، والثالث في الوصية بالمنافع، والرابع في الوصية بالمرتبات، والخامس في الوصية بتصديق المدعي في دعواه، والسادس في الوصية بالعبادات.

المبحث الأول:
في الوصيـــة بالتصرفات

الأصل في الوصايا أن تكون بشيء من المال تبرعا به للموصى له، إلا أنها قد تكون أحيانا ببيع شيء من أملاكه، أو إيجاره، أو إقراضه، أو تأجيل دين له على مدين، كما قد تكون بشراء ملك من أملاك غيره. لغرض من الأغراض التي يعينها الموصي في وصيته، وفي هذا المبحث نتحدث عن هذه الوصايا الخمس ونخصص لكل منها مطلبا.

المطلب الأول:
الوصيـــة بالبيــع

هذا النوع من الوصية يتنوع بدوره إلى عدة حالات. لأن الموصي بالبيع قد يعين الشخص الذي يريد البيع له. وقد لا يعينه، كما أنه قد يحدد ثمن البيع، وقد لا يحدده.

وفي جميع ذلك قد يكون الموصى ببيعه يحمله الثلث، وقد يكون لا يحمله الثلث، ونخصص لذلك فرعين.

الفرع الأول أن يوصي ببيعه من غير تعيين المشتري وفيها خمس صور:

الأولى: الوصية ببيعه رغبة في بيعه. بقصد التخلص منه. لما في بقائه للورثة من تكاليف، أو مشاكل، أو كراهة بقائه بعينه لوارث لا يحب تصرفه فيه بعد موته.

وقد اختلف الفقهاء في هذه الوصية. فقال الحنفية والحنابلة باطلة، وقال بعض المالكية هي وصية لا يجب تنفيذها[1] وحجتهم.

1ـ أنها وصية لا قربة فيها. فلا تشرع، لانتفاء الحكمة من مشروعيتها.

2ـ أنها وصية لا مستحق لها. فتبطل، لانتفاء الموصى له الذي هو ركن من أركانها. فيلزم من عدمه العدم. وقال بعض المالكية هي وصية صحيحة، يلزم تنفيذها. وحجتهم:

1ـ عموم الأدلة، وإطلاقها، والعام محمول على عمومه. والمطلق محمول على إطلاقه.

2ـ أنها وصية لا معصية فيها، فيلزم تنفيذها، كباقي الوصايا[2].

الصورة الثانية: الوصية ببيعه وإعطاء ثمنه لشخص يعينه باسمه، كخالته سعاد. وهي وصية صحيحة يجب تنفيذها اتفاقا. لما فيها من القربة. ولتعلق حق الموصى له بالثمن.

إلا أنه اختلف إذا طلب الموصى له بالثمن أن يتولى البيع بنفسه. بدل الوصي لسبب من الأسباب. أو طلب أخذ الملك الموصى ببيعه. ولا يباع بدعوى أن الثمن له. وأنه يفضل أخذ الملك على أخذ ثمنه. فالمنصوص عليه لأصبغ أنه لاحق له في ذلك. وأن الوصي هو الذي يتولى البيع. ثم يسلم الثمن للموصى له، وقوفا مع لفظ الموصي في

1ـ انظر الفتاوي الهندية 113/6 ـ المبسوط 8/28 ـ المغني 114/6 ـ الذخيرة 78/7.

2ـ الزرقاني وبناني 176/8 ـ الذخيرة 156/7 ـ 80.

وصيته. وبه أفتى بعض المالكية. في حين أفتى بعض آخر بأن للموصى له الحق في تولي البيع بدل الوصي[1].

ولعل هذا الخلاف راجع إلى الخلاف في مراعاة القصد واللفظ. وفي لزوم الشرط الذي لا فائدة فيه، وعدم لزومه. فمن راعى اللفظ، وأوجب الوفاء بالشرط الخالي من الفائدة. قال: لا حق للموصى له في تولي البيع، أو أخذ المبيع.

ومن راعى المقصود، أو رأى أن الشرط الخالي عن الفائدة لا يلزم الوفاء به، قال: للموصى له الحق في البيع بنفسه، أو أخذ المبيع بعينه. لأنه لا فرق بين بيع الوصي وبيع الموصى له. بل ربما كان بيع الموصى له أنفع وأسرع وأغلى.

الصورة الثالثة: الوصية ببيعه، والتصدق بثمنه كله على غير معين، كالفقراء والمساكين والطلبة والمساجد وهي وصية صحيحة، لازمة، يجب تنفيذها اتفاقا.

إلا أن الحنفية جعلوا الخيار للورثة. إن شاؤوا باعوه وتصدقوا بثمنه، وإن شاؤوا تصدقوا بعينه قبل بيعه، وإن شاؤوا أمسكوه وتصدقوا بقيمته[2].

واختلفوا إذا أوصى بالتصدق ببعض ثمنه كثلثه، فقال أبو حنيفة: يباع الجميع إن أبي الورثة، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يباع إلا قدر الوصية. فإذا أوصى بالتصدق بثلث ثمنه بيع ثلثه، وهكذا، والقول الثالث عندهم الذي به الفتوى أنه لا يباع إلا بقدر الوصية. إلا أن يكون في بيعه وحده ضرر على الورثة، أو الموصى لهم، أو لا يباع إلا ببخس فيباع الجميع[3].

الصورة الرابعة: الوصية ببيعه لقضاء دينه من ثمنه، وقد اختلف فيها. فقال الشافعية: يتعين بيعه. ولا يلزم الوصي استيذان الورثة في البيع. وليس لهم الحق في إمساك الموصى ببيعه. وقضاء الدين من مالهم، أو مال آخر للميت[4].

1ـ المعيار 38/9.

2ـ الفتاوي الهندية 134/6 ـ 106 الفتاوي البرازية: 483/6.

3ـ الفتاوي الهندية 147/6.

4ـ نهاية المحتاج 99/6.

وقال المالكية لا يلزم الورثة البيع، ولهم الحق في إمساك الموصى ببيعه وقضاء الدين من مال آخر للميت، أو من مالهم[1].

والخلاف هنا راجع للخلاف في مراعاة القصد، أو اللفظ. فمن راعى اللفظ قال بتعيين البيع. ومنع الورثة من التمسك بالمبيع. لمخالفته لفظ الموصي، ورأوا ذلك تغييرا للوصية. يدخل في عموم آية ﴿**فمن بدله بعدما سمعه فإنما إثمه على الذين يبدلونه**﴾.

ومن راعى المقصود ـوهم المالكيةـ رأوا أن المقصود قضاء دين الميت، وإبراء ذمته منه. وذلك يتحقق بقضائه من مال الورثة، أو مال آخر للميت. ولا يتوقف على بيع الموصى ببيعه. فلا يتعين البيع. وهذا شبيه بمسألة تنقيح المناط.

الصورة الخامسة: الوصية ببيعه بثمن محدد، وإعطاء عدد مسمى منه لشخص بعينه. مثل أن يقول بيعوه بثلاثين واعطوا خالي عشرة منه.

وهي وصية صحيحة يجب تنفيذها. إلا أنه اختلف فيما يعطى للموصى له من الثمن. فقال أشهب: يعطى ما سماه له. والباقي للورثة، سواء بيع بأقل أو أكثر، وقال ابن القاسم: يعطى بنسبة المسمى للثمن الذي حدد له. وقال مرة أخرى يعطى ما زاد على ما تركه للورثة[2].

فإذا أوصى ببيع داره بثلاثين مليونا، وإعطاء خاله عشرة ملايين منها، فبيعت بخمس وأربعين، فعلى قول أشهب ليس للخال إلا عشرة. وعلى قول ابن القاسم الأول يعطى ثلث الثمن خمسة عشر. لأن نسبة العشرة إلى ثلاثين تساوي الثلث، فكأنه أوصى له بثلث الثمن. وعلى قوله الثاني يعطى ما زاد على العشرين. لأنه حين أوصى بإعطائه عشرة، وإبقاء عشرين للورثة، كأنه أوصى له بما زاد على العشرين.

وإذا لم تبع الدار إلا بعشرة اعطى العشرة كلها على قول أشهب. ولم يكن له شيء على قول ابن القاسم الثاني. وعلى قوله الأول يعطى ثلث العشرة، وهكذا.

الفرع الثاني الوصية ببيعه لشخص معين وفيها صور:

---

[1] ـ المعيار 405/9.

[2] ـ الذخيرة 87/7.

الصورة الأولى الوصية ببيعه له من غير تحديد الثمن. مثل الوصية ببيع داره، أو أرضه لخالته، أو صهره أو غيرهما ممن لا يرثه.

وقد اتفق الفقهاء على صحتها ووجوب تنفيذها، لتعلق حق الموصى له بالعين الموصى ببيعها له. إلا أنهم اختلفوا في الثمن الذي يلزم الورثة بيعه به له. وفي وجوب إعلام الموصى له بالوصية قبل البيع له. بالنسب للنقطة الأولى هناك أقوال:

الاول: قول الحنفية، والحنابلة، والشافعية أنه يلزمهم أن يبيعوه له إذا بذل قيمته. ولا يلزمهم أن ينقصوا له منها شيئا، فإذا شاء اشترى بالقيمة، وإن شاء ترك ولا شيء له[1].

القول الثاني: وهو المعتمد في المذهب المالكي أنه يلزم الورثة التخفيض من ثمنه بنسبة ثلث قيمته، إذا حمله الثلث، فإن أبى أن يشتريه بثلثي قيمته كان لهم الخيار: إن شاؤوا باعوه بما أعطاهم من الثمن. وإن كان أقل من الثلثين. وإن شاؤوا اعطوه ثلث الموصى ببيعه[2].

القول الثالث: وهو لبعض المالكية أنه يلزم الورثة بيعه بتخفيض ثلث قيمته كالأول. إلا أنه إذا أبى من شرائه بعد هذا التخفيض فإن الوصية تبطل، ولا يلزمهم بيعه بما بذل، ولا اعطاؤه ثلثه[3].

حجة القول الأول: أن الوصية وقعت له بالبيع. فلا يلزمهم أكثر من ذلك. والبيع عند الإطلاق محمول على ثمن المثل. فكأنه أوصى له به بشرط بذل ثمنه المعتاد.

وحجة القول الثاني: أن الوصية ببيعه له تتضمن الوصية له ببعضه. فيعطى ثلثه، أو ينقص له ثلث قيمته، لأن الثلث أصل الوصايا، فتحمل عليه عند الإبهام[4].

إلا أن هذه الحجة ضعيفة، لأنه إذا كانت الوصايا تحمل على الثلث عند الإبهام. فإنه كان يلزمهم أن يخفضوا له ما يساوي ثلث التركة، لا ثلث الموصى به فقط.

1ـ انظر المبسوط 9/28 ـ المغني 115/6 ـ نهاية المحتاج 57/6 ـ الفتاوي الهندية 113/6.

2ـ المدونة 282/4 ـ الزرقاني وبناني 188/8.

3ـ الذخيرة 77/7.

4ـ نفس المرجع.

ولذلك اعرض عن هذه الحجة بعض المتاخرين، وعلل بتعليل آخر أوجه من هذا. وهو أن الشأن في البيع. والغالب عليه وقوع الغبن فيه. فلما أوصى ببيعه له ولم يحدد ثمنا، كان ذلك رضا منه ببيعه بالغبن. وأقصى ما يقبل في الغبن هو الثلث، فلذلك لزمهم بيعه بغبن الثلث. أو اعطاؤه ثلث المبيع. لأنه مدخول عليه، وموصى به حكما[1].

وحجة القول الثالث أنه إذا رفض شراءه بنقص الثلث، كان ذلك بمنزلة رد الوصية. فتبطل برده لها[2].

وبالنسبة للنقطة الثانية هناك قولان في مذهب مالك[3].

الأول: أنه يلزمهم إعلام الموصى له بالوصية، ليشتري على علم بحقه في التخفيض من الثمن، وإذا لم يعلموه حتى اشترى المبيع بالقيمة. فإنه يرجع عليهم بثلث القيمة. لأنها حقه، موصى له بها حكما.

والقول الثاني: أنه لا يلزمهم إعلامه، ولا رجوع له عليهم إذا اشتراه بقيمته غير عالم بالوصية.

واختلف إذا كان الموصى ببيعه لمعين لا يحمله الثلث على قولين[4].

الأول: أن الورثة يخيرون إن شاؤوا باعوه له بتخفيض ثلثه. وإن شاؤوا اعطوه ثلث الميت كله، ولا يلزمهم بيعه.

والقول الثاني: أنهم يخيرون في بيعه له بتخفيض ثلث الميت، لا ثلث المبيع. وفي اعطائه ثلث التركة وقال اللخمي: إذا كان ثلث الميت يحمل ثلثي الموصى ببيعه لمعين، فإن الموصى له يأخذ جميع الموصى ببيعه. ثلثه بالتخفيض والثلثين بالثمن[5].

1ـ انظر: الدسوقي 436/4.

2ـ الذخيرة 77/7 ـ 79.

3ـ انظر الزرقاني وبناني 187/18 الذخيرة 78/7.

4ـ الذخيرة 78/7 ـ الزرقاني 188/8.

5ـ الرهوني 269/8.

فإذا أوصى ببيع داره لخالته وهي تساوي ثلاثين. والتركة كلها بما فيها الدار تساوي ستين، فإن الورثة يخيرون بين بيع الدار للخالة بعشرين بتخفيض ثلثها. وبين اعطائها ثلث التركة في الدار وغيرها. الذي هو عشرون على القول الأول.

وعلى القول الآخر يخير الورثة في بيعها لها بعشرة فقط، بتخفيض ثلث التركة، وفي اعطائها ثلث التركة.

والقول الأول أصح نقلا. وأوفق بالقاعدة الأم في هذا الموضوع: وهي إلزام الورثة بتخفيض ثلث قيمة الموصى ببيعه أو اعطائه ثلثه[1].

وعلى كلا القولين الخيار للورثة، وعلى قول اللخمي للموصى لها أخذ الدار كلها، ثلثها بالتخفيض والثلثان بالشراء. ولا خيار للورثة على ظاهر قوله.

فإن كان الموصي لا يملك إلا ما أوصى ببيعه كدار لا يملك غيرها، فقال سحنون لا يلزم الورثة بيعها له. لأن الورثة يملكون الثلثين. فلا حق له في الوصية فيهما. ويلزم الورثة ثلث الدار للموصى ببيعها له[2].

الصورة الثانية الوصية ببيعه بثمن محدد لشخص معين، كالوصية ببيع معمله، أو سفينته لصهره بعشرين مليونا. وقد اختلف فيها الفقهاء، ولم يتفقوا كما حكاه بعضهم.

ومذهب المالكية التفصيل بين ما يحمله الثلث، وما لا يحمله الثلث.

فإن كان الموصى ببيعه لا يحمله الثلث لم يلزم الورثة بيعه. ولو لم تكن محاباة في الثمن المحدد، لأن الورثة يملكون الثلثين بالموت. فليس للموصي التصرف فيهما بالبيع. ويخيرون في بيعه بوضيعة ثلثه أو اعطائه ثلث الميت[3]. وإن كان الثلث يحمل الموصى ببيعه صحت الوصية. ولزم تنفيذها. ولو كان في الثمن محاباة، مادام الثلث يحمل الموصى ببيعه. لأنه لو أوصى به مجانا تبرعا للزمت الوصية فيه، فأحرى إذا أوصى ببيعه بثمنه، أو بأقل من ثمنه.

1- راجع بناني 188/8.

2- الذخيرة 78/7.

3- نفس المرجع والصفحة. وانظر الرهوني 268/8.

وقال الحنابلة يلزمهم بيعه بالثمن المحدد. فإن أبى الشراء به بطلت الوصية، ولا شيء له، إلا أن يقول: بيعوه لفلان، وتصدقوا بثمنه، فإنه إذا أبى فلان من شرائه فإنه يباع من غيره. ولا تبطل الوصية، لأنه إذا بطل التعيين فلا تبطل القربة[1].

وفرق الحنفية بين المحاباة في الثمن وعدمها. فإن لم تكن محاباة في الثمن، أو كانت وحملها الثلث لزمت الوصية. وإن كان في الثمن غبن فاحش لا يحمله الثلث وقف تنفيذ الوصية على إجازة الورثة. فإن أجازوها فذاك. وإن لم يجيزوها خير الموصى له في دفع الزائد على الثلث. فإن دفعه لزمهم البيع له. وإن أبى من دفع الزائد، وأبى الورثة من الإجازة بطلت الوصية[2].

وبه أخذ القانون المصري في مادته 56 والسوري في المادة 240 بينما سكت القانون المغربي عن الموضوع مما يفسر سكوته بالأخذ بمذهب مالك طبقا لمقتضيات الفصل 216.

المطلب الثاني:

الوصية بالإجارة والكراء

كأن يوصي بكراء داره، أو أرضه لفلان لمدة سنة، أو عشرين سنة، مثلا والحكم يختلف فيها باختلاف صورها، فقد يسمي الموصي ثمن الكراء. وقد لا يسميه. كما أن العين الموصى بكرائها قد يحملها ثلث الميت. وقد لا يحملها، والثمن المسمى قد يكون ثمن المثل، وقد تكون فيه محاباة.

ومذهب المالكية التفصيل بين العين التي يحملها الثلث، والتي لا يحملها.

فإن كان الموصى بكرائه لا يحمل رقبته ثلث الميت، كدار لا يملك غيرها، أو أرض ليس له سواها، فإن الورثة يخيرون بين ثلاثة حلول: فإما أن يحطوا له من الكراء ثلثه. وإما أن يكروها له بالثمن الذي يريد ولو كان قليلا، وإما أن يعطوه ثلث

---

1 ـ المغني 114/6 ـ 132.

2 ـ الفقه الإسلامي وأدلته 94/8.

الأرض، أو الدار الموصى بكرائها بتلا يتملكه، لأن الوصية المبهمة ترد إلى الثلث، لأنه أصل الوصايا(1).

فإن كان الثلث يحمل الموصى بكرائها، فإن الورثة يلزمهم كراؤها له بتخفيض ثلث الكراء. فإن لم يقبل إلا بأقل من ذلك خيروا بين أمرين: إما أن يكروها له بما بذل من الكراء، وإما أن يعطوه ثلث الأرض الموصى بكرائها، يزرعها طيلة المدة المحددة في الوصية مجانا.

ويجري هنا الخلاف السابق بين أشهب وابن القاسم، في وجوب إعلام الموصى له بالوصية قبل الكراء له، وعدم وجوبه.

وفي حالة تسمية ثمن الكراء يلزم الورثة تنفيذ الوصية والكراء للموصى له بالثمن الذي سماه الموصي إذا لم تكن فيه محاباة، أو كانت وحملها الثلث.

فإن كانت هناك محاباة لا يحملها الثلث فالورثة بالخيار: إما أن يجيزوا الوصية كما هي، وإما أن يعطوا للموصى له ثلث التركة كلها ملكا مجانا(2).

وفرق الحنفية فقالوا بوجوب تنفيذ الوصية إذا لم تكن محاباة في الثمن، أو كان الثلث يحملها أي المحاباة، فإن كان الثلث لا يحملها خير الورثة، فإن أجازوها جازت. وإن أبوا خير الموصى له في دفع الفرق، ورفع الكراء إلى تمام الثلثين، فإن فعل لزمهم الكراء له. وإن أبى بطلت الوصية, ولا شيء له في الأرض، لا ملكا ولا استغلالا(3). والمعتبر عندهم في كون المحاباة يحملها الثلث، أو لا يحملها هو مجموع الكراء طيلة مدة الكراء. فإن أوصى بكراء أرضه عشر سنين، بألف في كل سنة، وكان كراء المثل ألفا وخمسمائة فإن المحاباة هنا خمسمائة مضروبة في عشرة، فهي خمسة آلاف، فإن حملها الثلث أو زادت عليه زيادة يسيرة نفذت الوصية. وإلا وقفت الوصية على إجازة الورثة على التفصيل السابق لهم.

فالفرق بين المذهب المالكي والحنفي يتجلى في:

1ـ المدونة 304/4 ـ الذخيرة 115/7.

2ـ نفس المرجع.

3ـ الفتاوي الهندية 123/6 ـ الفقه الإسلامي وأدلته 94/8.

1ـ أن المالكية ينظرون إلى قيمة العين الموصى بكرائها، في حين ينظر الحنفية إلى ثمن الكراء المسمى.

2ـ أن المالكية يعتبرون كل زيادة على الثلث موجبة لتخيير الورثة. في حين لا يعتبر الحنفية إلا الغبن الفاحش.

3ـ كما أن الحنفية يبطلون الوصية إذا لم يجزها الورثة، ولم يلتزم الموصى له بدفع المحاباة الزائدة على الثلث، أما المالكية فلا يبطلون الوصية، ويلزمون الورثة بإعطاء الموصى له ثلث الأرض ملكا تارة، وتارة انتفاعا مدة الوصية.

وقد أخذ القانون المصري بمذهب الحنفية في المادة 56 والقانون السوري في المادة 240 في حين سكت القانون المغربي عن الموضوع ويفسر سكوته أخذا بمذهب مالك حسب الفصل 216.

المطلب الثالث:

في الوصية بالشـــــراء

والحكم فيها يختلف باختلاف الوصايا: فقد يوصي بشراء شيء معين، يعطى لشخص بعينه، وقد يوصي بشراء شيء غير معين، كما انه قد يحدد ثمن الشراء، وقد لا يحدده. وفي جميع الحالات قد يحمل ثلث الميت ما أوصى بشرائه، وقد لا يحمله. فهي صور أربعة:

1ـ الوصية بشراء ملك ما فقط، دون تعيينه ولا تعيين المشترى له، مثل أن يوصي أولاده بشراء دار يسكنونها، أو أرض يزرعونها بثمن مسمى، أو غير مسمى، وهي وصية مختلف في وجوب تنفيذها، فقيل باطلة، لأنه لا قربة فيها، وقيل يجب تنفيذها، لعموم أدلة الوصية. ولأنها وصية غير محرمة فوجب تنفيذها كباقي الوصايا، وقال بعض المالكية يخير الورثة في تنفيذها وعدمه[1].

---

[1]ـ المغني 114/6 ـ الذخيرة 136/7 الاختصار على الرهوني 236.

2ـ الوصية بشراء شيء معين بثمن محدد وإعطائه لشخص بعينه، مثل الوصية بشراء دار جاره، أو أرض صديقه، وإعطائها لخاله.

وقد اختلف فيها، ومذهب المالكية أنه يلزم الورثة شراء ما عينه الموصي وإعطاؤه للموصى له، إذا رضي المالك ببيعه، وكان الثلث يحمل الثمن المسمى.

فإن امتنع رب الأرض أو الدار من بيعهما بذلك الثمن لم يلزم الورثة الزيادة عليه، وقوفا مع لفظ الموصي في تحديد الثمن. ويعطى الثمن كله للموصى له إذا حمله الثلث، ويجري هنا الخلاف الآتي ببطلان الوصية.

وإذا كان الثلث لا يحمل ما سماه فالورثة بالخيار إما أن يعطوه ثلث الميت، أو يشتروا له المعين، إذا قبل المالك بيعه بثلث الميت فأقل[1].

ووافق الحنفية على وجوب تنفيذ الوصية إذا حملها الثلث، وقبل المالك بيع الموصى بشرائه، إلا أنهم خالفوا المالكية إذا لم يحملها الثلث، أو لم يقبل المالك البيع، فقالوا ببطلان الوصية[2].وهو قول الحنابلة أيضا[3].

3ـ الوصية بشراء معين من غير تحديد الثمن واعطائه لشخص بعينه.

والورثة في هذه الحالة ملزمون بشراء المعين واعطائه للموصى له إذا قبل المالك بيعه بقيمته، أو أكثر منها بزيادة الثلث، في حدود ثلث الميت.

والورثة في هذه الحالة ملزمون بشراء المعين واعطائه للموصى له إذا قبل المالك بيعه بقيمته، أو أكثر منها بزيادة الثلث، في حدود ثلث الميت.

والفرق بين امتناع المالك من البيع أصلا ، وبين امتناعه منه طمعا في الزيادة في الثمن، هو كونه في حالة الامتناع المطلق يكون تنفيذ الوصية متعذرا بسبب امتناعه فتبطل. وفي حالة الامتناع طمعا في الزيادة الشراء غير متعذر، لإمكان إرضاء المالك بالزيادة في الثمن حتى يرضى، فلذلك لا تبطل الوصية، وكان الورثة بالخيار، إما أن يشتروه بأي ثمن، وإما أن يعطوا الموصى له القيمة وثلثها. لأن العادة وقوع الغبن في البيع

[1] ـ انظر: الزرقاني: 188/8.
[2] ـ الفتاوي الهندية 11/6.
[3] ـ المغني 113/6.

والشراء. فلما أوصاهم بشرائه بعينه دون تحديد ثمن، كان ذلك بمنزلة الوصية بقبول الغبن في حده الأقصى وهو الثلث. ولا يلزمهم أكثر من ذلك. لأنه غير موصى به، لا نصا ولا عرفا[1].

واختلف المالكية إذا كان المالك الموصى بشراء ملكه وارثا من ورثة الموصي، كما لو أوصى بأن تشترى دار ولده، أو زوجته، وتحبس أو تعطى لفلان فقيل: لا يلزم الورثة الزيادة على قيمتها. ليلا يؤدي ذلك إلى الوصية لوارث. وقيل الوارث كغيره، يزاد له على القيمة ثلثها. لأن هذه الزيادة غير مقصودة، جر إليها الحكم، وقد لا يعلمها الموصي، فلا تكون وصية لوارث.

وقيل بالفرق بين العالم بالحكم والجاهل به. فالعالم لا يزاد في وصيته، لاتهامه على قصد التوصل إلى الوصية لوارث بهذه الحيلة. والجاهل بالحكم يزاد في وصيته لانتفاء التهمة عنه بجهله[2].

4ـ الوصية بشراء غير معين واعطائه لشخص بعينه، كأن يوصي بشراء دار لعمته، أو سيارة لخالته، من غير تحديد ثمن، ولا تعيين للدار، أو السيارة بإشارة لهما، ولا تعيين رقمهما.

ومذهب المالكية أن الورثة يخيرون بين أمرين: إما أن يشتروا ما وصى به الميت، بأي ثمن أمكنهم، وإعطاؤه للموصى له. وإما أن يعطوه ثلث الميت من كل شيء تركه الميت، سواء كان الموصى بشرائه يحمله الثلث أم لا[3].

وإذا اختاروا الشراء له فإنه يلزمهم وسط ما سمى. ولا يكفيهم الأدنى، كما لا يلزمهم الأعلى، قياسا على الزكاة، وعلى من أوصى بشاة من ماله ولا شياه له، فإنه يلزمه الوسط[4].

1ـ الزرقاني 188/8.
2ـ المدونة 295/4 ـ الذخيرة 80/7 ـ 91 ـ 145.
3ـ الزرقاني وبناني 195/8.
4ـ الدسوقي 445/4.

المطلب الرابع:

الوصيـــة بالإقــــراض

تعد الوصية بالإقراض من الوصايا التي يجب تنفيذها لما فيها من القربة، وهي تشمل:

1ـ الوصية بإقراض مبلغ مالي لشخص إلى أجل مسمى، طال أو قصر.

2ـ الوصية ببيع بعض أملاكه وإقراض ثمنه لشخص، والوصية هنا وإن كانت بالبيع ابتداء، وهو لا يجب تنفيذه على أحد قولين، إلا أنها هنا يجب تنفيذها اتفاقا نظرا للمآل. لأنها وصية بالقرض، والبيع إنما هو وسيلة لذلك[1].

3ـ الوصية بتأجيل الدين الذي له على المدين إلى أجل مسمى، وإن طال. لأن من أجل ما عُجِّلَ عُدَّ مسلفا، ولأنه إذا صحت الوصية بإنشاء القرض، فإنه تصح الوصية بتمديد الأجل من باب أولى وأحرى.

4ـ الوصية بقرض مبلغ لشخص مدة من الزمن يكون بعدها ملكا لشخص آخر، ولا يعود للورثة.

وفي جميع الحالات يجب أن يكون المال الموصى بقرضه يحمله الثلث، فإن كان لا يحمله أخرج منه ما يحمله الثلث[2].

المبحث الثاني:

في الوصية بالأعيان

تتنوع الأعيان الموصى بها إلى عين معينة بذاتها، وإلى عين غير معينة شائعة مطلقة، أو شائعة في جنسها، أو في جميع المال، كما تتنوع إلى جزء معلوم، شائع في

1ـ الفتاوي الهندية 128/6.

2ـ الذخيرة 141/7 ـ 142.

المال، كنصف وثلث. وإلى جزء مقدر بنصيب الوارث، وإلى جزء شائع مجهول، غير مقدر كسهم، كما تتنوع إلى نقود حاضرة أو مرسلة، وإلى ديون في الذمة. وفي هذا المبحث نتناول حكم الوصية بهذه الأنواع. ونقسمه إلى خمسة مطالب.

الأول في الوصية بمعين والثاني في الوصية بغير معين، والثالث في الوصية بالعين. والرابع في الوصية بالدين، والخامس في الوصية بالاجزاء.

المطلب الأول:

الوصـــية بـالمعـــين

والحديث عنه يتناول حقيقته، ومشروعية الوصية به، وكيفية تنفيذها، وحكم هلاكه واستحقاقه، وخروجه من ملك الموصي وعودته له، ونخصص له فروعا:

أولا: المقصود بالمعين ووسائل تعيينه:

المقصود بالمعين ما تعلقت الوصية بعينه وذاته. ويحصل ذلك بالإشارة إليه مع حضوره. مثل هذه الدار، وهذه الأرض، أو هذه السيارة. أو تعيينه باسمه ووصفه الخاص الذي يميزه عن غيره، مثل الدار رقم كذا، بشارع كذا مدينة كذا، والسيارة رقم كذا، وفندق كذا بمدينة كذا، ونحو ذلك.

واختلف في الإضافة لياء المتكلم الموصي هل تفيد التعيين أم لا؟ مثل اعطوه سيارتي، أو داري إذا لم تكن له سيارة غيرها. ولا دار غيرها. فقيل تفيد التعيين وقيل لا[1].

ولعل منشأ الخلاف احتمال الإضافة أن تكون للعهد الخارجي. وأن تكون للجنس. فمن جعلها للعهد، قال: تفيد التعيين، لأن المعهود معين في الخارج. وهو سيارته. أو داره المعهودة للموصي. ومن جعلها للجنس قال: لا تفيد التعيين.

1ـ انظر بناني 195/8 الرهوني 261/8.

وكذلك اختلف في التعيين بالاسم والصفة. مثل اعطوه ثيابي الحريرية. أو فرسي الأدهم، أو سيارتي البيضاء. فقال أشهب: لا يفيد ذلك التعيين، وقال ابن القاسم: يتم بهما التعيين، ورجحه الرهوني.

وحجته الوقوف مع لفظ الموصي. أما أشهب فرأى أن المقصود بذكر هذه الأوصاف الإشارة إلى النوع دون الشخص[1].

ومما ينبني على هذا ما لو هلك الموصى به، فأخلف الموصي مثله، أو باعه واشترى مثله. فمن قال بالتعيين قال: تبطل الوصية، ولا حق للموصى له في الخلف. لتعلق الوصية بمعين، وقد هلك، أو خرج من ملك الموصي. ومن رأى عدم التعيين قال: لا تبطل الوصية الأولى، لأنها لم تتعلق بعين الموصى به. وإنما تعلقت بنوعه وصفته. ولذلك تتعلق ببدله.

فإذا أوصى بداره أو سيارته البيضاء فباعهما، واشترى دارا أخرى فإن الوصية تتعلق بالدار والسيارة الجديدتين على القول بعدم التعيين. ولا تتعلق بهما على قول ابن القاسم القائل بالتعيين بالإضافة والوصف[2].

ثانيا: مشروعية الوصية بالمعين:

الأصل في الوصية أن تكون بشائع، كما جاء في حديث، (الثلث، والثلث كثير)، وحديث (إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم...) ولكنها إذا وقعت بمعين صحت. ولا حق للورثة في الاعتراض عليها، كما يدل على ذلك.

1ـ عموم أدلة الوصية، فإنها شاملة للوصية بالأعيان المعينة وغيرها.

2ـ إجماع الصحابة، فقد أوصى عبد الرحمان بن عوف بحديقة لأمهات المؤمنين رضي الله عنهم[3].

1ـ الرهوني 261/8 ـ الذخيرة 145/7.

2ـ الرهوني 259/8.

3ـ المحلى 316/9.

وأوصى غلام لابنة عمه بحديقة، بإشارة من عمر رضي الله عنه ولا يعرف لهم مخالف من الصحابة[1].

ثالثا: كيفية تنفيذ الوصية بالمعين:

بالنسبة لهذه النقطة هناك تفصيل بين المعين الذي يحمله الثلث. والمعين الذي لا يحمله الثلث، وبين الوصية به لمعين. والوصية به لغير معين، فالأقسام أربعة.

بالنسبة للقسم الأول وهو ما إذا كان المعين يحمله الثلث، والوصية به لمعين. فهناك اتفاق على استحقاق الموصى له عين الموصى به. يأخذه بعينه. ولا حق للورثة في الاحتفاظ به. ودفع قيمته، أو بدله للموصى له. أو اعطائه الثلث في الشياع[2].

فإذا أوصى بهذه الدار لعمته وجب تسليمها لها، ولا يسمع من الورثة دعوى أنها أفضل أموال الميت، ما دام الثلث يحملها.

وبالنسبة للقسم الثاني وهو ما إذا كان يحمله الثلث. والوصية به لغير معين، كالفقراء والمساكين فالمعروف في المذهب المالكي أنه يجب تنفيذ الوصية، وإعطاء الموصى به للموصى لهم، ويجبر الورثة على تسليمه لهم. وتوقف بعض قضاة المالكية في جبر الورثة على إخراجه، وتسليمه للموصى لهم[3].

وأعطى الحنفية الخيار للورثة في إخراج الموصى به بعينه، أو بيعه والتصدق بثمنه، أو الاحتفاظ به وإخراج قيمته. وفرقوا بين الوصية به لمعين، والوصية به لغير معين، بأن الوصية لمعين تحتاج إلى القبول، وبمجرد حصوله يصير ملكا للموصى له المعين، لا يمكن منعه منه، بخلاف الوصية لغير معين، فإنها لا تحتاج إلى قبول، فيجوز للوارث تبديلها[4]. وقال بعض الحنفية: لهم الخيار في إخراجه بعينه، أو بيعه والتصدق بثمنه، وليس لهم إمساكه وإخراج قيمته. وقال بعض آخر منهم كقول المالكية: يتعين إخراج الموصى بعينه[5].

1- سبق تخريجه.

2- راجع المدونة 327/4 ـ المنتقى 163/6 ـ الذخيرة 113/7 ـ الفتاوي الهندية 146/6.

3- المعيار 370/9.

4- الفتاوي الهندية 106/6 ـ الفتاوي البزازية 436/6 ـ 438.

5- الفتاوي البزازية 506/3 ـ 507.

ولعل الحنفية القائلين بتخيير الورثة راعوا هنا ما راعوه في باب الكفارات، والزكاة، حين أجازوا إخراج القيمة، وهو أن المقصود بالوصية للفقراء هو إيصال النفع لهم. وذلك يتحقق بتسليمهم الموصى به بعينه، أو ثمنه، أو قيمته.

إلا أن هذا يصطدم بعموم قوله تعالى: ﴿**فمن بدله بعدما سمعه فإنما إثمه على الذين يبدلونه**﴾[1].

وإمساك الموصى به، والتصدق بقيمته، أو بيعه والتصدق بثمنه تبديل للوصية.

كما يصطدم بالقاعدة الأصولية أن الواجب المعين يجب تنفيذه بعينه، ولا يقبل البدل. وبالقاعدة الفقهية أنه ليس من حق أحد أن يجبر غيره على بيع ماله له. والفقراء يملكون الوصية بجرد موت الموصي، من غير حاجة إلى قبول اتفاقا، فلا يجوز أخذ مالهم واستبداله بغيره.

من هنا كان قول المالكية أرجح، لموافقته القواعد وظاهر النصوص.

وأما بالنسبة للمعين الذي لا يحمله الثلث، وهو القسم الثالث. فإن هناك اتفاقا على أنه لا حق للورثة في الاحتفاظ به وإعطاء الموصى له المعين الثلث. كما أنه لا حق للموصى له في أن يقول أنا آخذه كله، وأعطي الورثة الزائد على الثلث. لأنه مشترك بين الورثة والموصى له. ولا حق لأحد من الشركاء في جبر شريكه على بيع حظه له. لقوله تعالى: ﴿**إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم**﴾[2].

ولكن هناك خلاف فيما يستحقه الموصى له من المعين. فقال أبو حنيفة والشافعي: يعطى الموصى له ثلث المعين. ويكون شريكا بباقيه في بقية التركة، حتى يستوفي تمام الثلث كما قال صاحب البداية. أو يعطى من المعين ما يحمله الثلث حسب نقل الكاساني[3].

---

1 ـ من الآية 181 البقرة.

2 ـ من الآية 29 النساء ـ وانظر الذخيرة 124/7 ـ المنتقى 163/6.

3 ـ انظر البداية 337/2 ـ الذخيرة 151/7 ـ البدائع 317/7.

وقال مالك: يخير الورثة، إن شاؤوا أمضوا الوصية كما هي. وإن شاؤوا أعطوا الموصى له ثلث الميت، إلا أنه مرة قال يعطونه الثلث من كل شيء تركه الميت. ومرة قال يجمع له ثلثه في المعين[1].

فإذا كان لشخص دار وأرض، تساوي كل واحدة منهما ثلاثة آلاف فأوصى بداره، وترك الأرض لورثته، فإن الورثة يخيرون في إجازة الوصية، ويعطوا الموصى له الدار كلها، وإما أن يعطوه ثلث الميت يأخذه في الدار. فيعطى ثلثيها على قوله الثاني. وعلى قوله الأول يخيرون أيضا في تسليم الوصية وإعطاء الدار، أو إعطاء الموصى له ثلث الدار وثلث الأرض، وقال الحنابلة يعطى الموصى له ثلث الميت يأخذه في المعين دون تخيير الورثة. ففي المغني. فيمن له مائتان، وعبد قيمته يوم الموت مائتان. أن للموصى له ثلثي العبد لأنهما ثلث التركة[2].

والراجح في المذهب المالكي هو تخيير الورثة، إما أن يجيزوا الوصية. وإما أن يعطوا الموصى له ثلث الميت في المعين، وحجته أن الموصى به إذا هلك كان هلاكه من الموصى له، فدل ذلك على اختصاص وصيته به. فإذا زاد على الثلث رد إليه، كالوصية بأكثر من الثلث، فإنه يبطل الزائد على الثلث، ويصح الثلث[3].

وحجة الجمهور على عدم تخيير الورثة أن الوصية تلزم بالموت والقبول إجماعا. وبذلك يستحق الموصى له وصيته. فلا يجوز تخيير الورثة. لما يلزم على ذلك من المحظورات التالية:

1ـ إجبار الموصى له على المعاوضة بغير رضاه.

2ـ المعاوضة بمجهول، لأن الانتقال من المعين الموصى به إلى الثلث الشائع معاوضة عن المعين بشائع مجهول[4].

3ـ تغيير الوصية، وتبديلها من الوصية بمعين إلى الوصية بثلث شائع[5].

1ـ انظر البداية 337/2 ـ الزرقاني 195/8 ـ الذخيرة 106/7 ـ المنتقى 163/6.

2ـ المغني 155/6.

3ـ المنتقي 136/6.

4ـ الاختصار 274/8 ـ الذخيرة 152/7.

5ـ المغني 154/6 ـ 155.

4ـ ظلم الموصى له بإعطائه غير ما وصي له به من المعين.

5ـ الوقوع في الربا في بعض الحالات. كما لو أوصى له بمائة دينار معينة. فإنه يستحق ثلثها، فإذا أخذه وأخذ معه أكثر منه صار ربا[1].

6ـ ظلم الورثة بتخييرهم بين إمضاء الوصية أو التنازل عن جميع الثلث[2].

وهي حجج مردودة. فإن ما ألزموه للمالكية لازم لهم. لأنهم لا يقولون بإعطاء الموصى له جميع الثلث في المعين، بل يعطونه ثلث المعين، ويجعلونه شريكا ببقية الثلث في جميع باقي التركة[3].

فجعلوا بعض حقه في غير المعين الموصى له به. وفي ذلك إجبار للموصى له على المعاوضة بغير رضاه، والمعاوضة بالمجهول. وتغيير الوصية. وظلم الموصى له بإعطائه غير ما وصي له به، والوقوع في الربا.. وأما المالكية فحجتهم على التخيير أن الأصل في الوصية أن تكون في الشياع، وليس للموصي التعيين إلا بإذن الورثة، فعدوله عن الشياع إلى التعيين اعتداء على حقوقهم في أعيان التركة. فيخير الورثة في قبول ذلك أو رده. بمنزلة جناية العبد على مال الغير. فإن السيد يخير في إسلامه أو فدائه بارش الجناية. وحجتهم على جعل الثلث بكامله في المعين أمران:

1ـ أن الاعتداء وقع في مجاوزة الثلث فيبطل الزائد عليه خاصة.

2ـ أن المعين إذا هلك كان ضمانه من الموصى له إجماعا. فدل ذلك على تعلق حق الموصى له بالمعين واختصاصه به. فيعطى وصيته كلها فيه وهو ما يحمله الثلث منه[4].

ويبقى الحديث عن المعين الذي لا يحمله ثلث المال الحاضر، ويحمله مجموع التركة: الحاضر منها والغائب، وهذا القسم يتصور فيمن له مال حاضر وغائب، أو ديون

1ـ الذخيرة 151/7.

2ـ البداية 337/2.

3ـ البداية 337/2. وانظر الذخيرة 151/7 ـ المنتقى 136/6.

4ـ نفس المرجع وانظر الذخيرة 151/7 ـ المنتقى 136/6.

يوصي بمعين لا يحمله المال الحاضر في البلد، ولكن مجموع الأموال الحاضرة، والغائبة، والديون يحمله ثلثها.

وكما يبقى الحديث عن الوصية بالثلث وجعله في معين، وقد اختلف فيهما معا.

بالنسبة للمعين الحاضر الذي لا يحمله ثلث المال الحاضر، فإن المالكية على مذهبهم السابق في تخيير الورثة بين إجازة الوصية كما هي، وبين إعطاء الموصى له ثلث جميع التركة، في الحاضر منها، والغائب، والدين إذا كان[1].

وقال الحنفية: يعطى الموصى له من المعين ما يحمله ثلث المال الحاضر، ويوقف الباقي، خوفا من ضياع المال الغائب، فإذا حضر شيء من الغائب أو اقتضي شيء من الدين أعطي الموصى له من المعين بقدر ثلث المقبوض والحاضر، وهكذا كلما حضر مال، أو قبض دين، حتى يأخذ جميع الموصى به المعين. وفي حالة تلف المال الغائب أو هلاك الدين، فإن الباقي من المعين يبقى ملكا للورثة[2].

وفرق الشافعية بين الغيبة المانعة من التصرف، والغيبة التي لا تمنع من التصرف. ففي الغيبة التي لا تمنع من التصرف يعتبر المال الغائب في حكم الحاضر. وتنفذ الوصية في المعين بتسليمه كله للموصى له. يتصرف فيه كيف شاء، لحمل الثلث له.

وفي الغيبة التي تمنع من التصرف في المال الغائب لتعذر الوصول إليه، فإن الموصى به يوقف كله، ويمنع الموصى له من التصرف فيه على الأصح عندهم. وقيل له حق التصرف في ثلثه. لأن استحقاقه له ثابت على كل حال. حضر المال الغائب أو ضاع. ويمنع من التصرف فيما زاد عليه[3].

وللحنابلة قولان: الأول مثل قول الشافعية. والثاني مثل قول الحنفية[4].

وقال أشهب: للموصى له ما يحمله ثلث المال الحاضر، ويخير الورثة في الباقي، فإما أن يعطوه للموصى له فيتسلم وصيته كاملة، وإما أن يعطوه ثلث المال الغائب. فقد

1- انظر المنتقى 164/6.
2- أحكام الوقف والوصايا في الشريعة الإسلامية. د فراج 180.
3- نهاية المحتاج 57/6 ـ 58.
4- المغني 114/6 ـ 115.

قال فيمن أوصى بعبد وفرس معينين قيمة كل منهما مائة. وجميع المال الحاضر ثلاثمائة: قال: يعطى للموصى له بالفرس نصفه. وللموصى له بالعبد نصفه. ويخير الورثة في النصف الثاني إما أن يعطوه للموصى له. وإما أن يعطوه ثلث المال الغائب[1]. وقد أخذ القانون المصري برأي مخالف فأعطى للموصى له من المعين ما يحمله ثلث المال الحاضر، والباقي للورثة. وكلما حضر شيء من الدين أو المال الغائب استحق منه ثلثه حتى يستوفي وصيته، حيث جاء في المادة 43ـ13 إذا كانت الوصية بقدر محدد من النقود، أو بعين وكان في التركة دين، أو مال غائب. فإن خرج الموصى به من ثلث الحاضر من التركة استحقه الموصى له. وإلا استحق منه بقدر هذا الثلث. وكان الباقي للورثة، وكلما حضر شيء استحق الموصى له ثلثه حتى يستوفي حصته، وتابعه على ذلك القانون السوري في مادته 141 حرفيا. أما القانون المغربي فلم يعرج على الموضوع وبذلك يقع القانونان المصري والسوري في عدة مخالفات فقهية.

1ـ افتقارهما إلى سند شرعي.

2ـ تبديل الوصية عن وجهها الذي أراده الموصي.

3ـ محاباة الورثة على حساب الموصى له، بتمكينهم من الزائد على ما يحمله الثلث. وتعجيله لهم. في الوقت الذي ألزم الموصى له بانتظار ما يحضر من المال مستقبلا . ليأخذ ثلث الحاضر، ويأخذ الورثة ثلثيه.

4ـ إجبار الموصى له على معاوضة حقه الثابت له بالوصية في الموصى به المعين لمقابل مجهول القدر، مشكوك في حصوله، وفي ذلك مخالفة لحديث النهي عن بيع الغرر[2].

وحديث: إنما البيع عن تراض[3]. وقوله تعالى: ﴿**إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم**﴾[4].

وقد برر واضعو القانون وشارحوه هذا التوجه بأن وقف ما لم يحمله الثلث من المعين حتى يحضر المال الغائب، أو يقتضي الدين يؤدي إلى تأخير القسمة إلى أجل قد

1ـ المنتقى 164/6.

2ـ رواه الجماعة إلا البخاري نيل الأوطار 147/5.

3ـ رواه الجماعة إلا البخاري نيل الأوطار 147/5.

4ـ من الآية 29 النساء.

يطول. وفي ذلك ضرر بالورثة. ونقلوا عن الباجي القول بما جاء به القانون في نصه السابق.

إلا أن ما نقله الباجي عن أشهب مخالف لما نص عليه القانون من وجهين:

الأول أن أشهب جعل الخيار للورثة في تسليم ما لم يحمله الثلث إلى الموصى له، أو إعطائه ثلث المال الحاضر والغائب، في حين لم يجعل القانون للورثة أي خيار في ذلك.

2ـ أن أشهب خيرهم في إمضاء الوصية، أو إعطاء الموصى له جميع ثلث المال الغائب[1] والدين، مقابل ما لم يحمله الثلث. أو بعبارة أوضح، فهم بالخيار إما أن يجيزوا الوصية كلها، ويسلموا المعين إلى الموصى له، وإما أن يعطوه ثلث الميت كاملا. يتعجل ثلث الحاضر في المعين، ويأخذ ثلث الغائب مهما بلغ.

فلو فرض أن الوصية كانت بدار تساوي ألفا، والمال الحاضر كله بما في ذلك الدار يساوي ألفا وخمسمائة. والغائب يساوي ستة آلاف، فإن الورثة يخيرون عند أشهب. إما أن يعطوه الدار، ويأخذ الورثة بقية التركة، وإما أن يعطوه ثلث التركة، يتسلم نصف الدار لأنها ثلث الحاضر. ويبقى له حقه في الغائب، وهو الفان. بينما نص القانون يعطي الموصى له الحق في استيفاء مقابل نصف الدار، وهو خمسمائة فقط، فلا يصح القول بأن ما نقله الباجي هو ما نص عليه القانون.

وإذا كان مقتضى ما قاله أشهب حصول الموصى له على أكثر من قيمة ما وصي له به، فإن ذلك يبرره: أن الخيار للورثة، يختارون ما شاؤوا من الحلين، ومن خُيِّر ما غُبِن، كما يقال. وأما التبرير بلحوق الضرر للورثة بتأخير القسمة فإنه يعارضه أن هذا الضرر أخف مما يلحق الموصى له من أخذ بعض حقه. وتبديل وصيته. وإذا اجتمع ضرران ارتكب أخفهما.

وبالنسبة للوصية بالثلث وتعيينه في عين بذاتها، كأن يوصي لحفيده بالثلث يأخذه في دار سكناه. فالمعروف في المذهب صحتها. إلا أنه قد يثار الخلاف حولها في نقطتين:

---

[1]ـ راجع المنتقى 164/6.

الأولى: إذا كان الثلث أكثر من الدار، والثانية: إذا ادعى الورثة أن الدار أكثر من الثلث.

بالنسبة للنقطة الأولى يعطى الموصى له الدار ويكمل له الثلث من باقي التركة. أخذا بأول كلام الموصي الذي هو الثلث، وتعيين الدار بعد ذلك يعتبر كذكر الخاص بعد العام فلا يخصصه. وأفتى بعض المالكية بأنه ليس للموصى له إلا ما عينه الموصي، والزائد عليه الباقي من الثلث يعود لورثة الميت، اعتبارا بآخر الكلام، وكأن هذا رأى أن الخاص يخصص العام مطلقا. وإن لم ينافه. وهو قول ضعيف عند الأصوليين[1].

وبالنسبة للنقطة الثانية إذا ادعى الورثة أن الدار المعينة في الثلث هي أكثر من الثلث فإنه يجري فيها الخلاف السابق بين المالكية من جهة، والشافعية والحنفية من جهة ثانية. وقال ابن عبد البر يكلف الورثة إثبات دعواهم، وأنها أكثر من الثلث، فإن ثبت ذلك أخذ منه الموصى له قدر الثلث من ذلك الشيء الموصى به وكان شريكا للورثة[2].

رابعا: هلاك الموصى به المعين واستحقاقه:

بالنسبة لهذه النقطة هناك اتفاق بين الفقهاء على أن الموصى به المعين إذا هلك أو تلف أو استحق جميعه فإن الوصية تبطل. لتعلقها بمعين، واستحالة تنفيذها عقلا بذهاب عينه، أو شرعا باستحقاقه. سواء كان التلف والاستحقاق في حياة الموصي، أو بعد موته، لأنه إذا كان الهلاك أو الاستحقاق قبل الموت فالوصية لم تصادف محلا ، وإن كان بعد الموت فإن التركة بيد الورثة أمانة. ولا ضمان على أمين[3].

وهذا بخلاف غصبه فإن الوصية لا تبطل به، لبقاء ملك الموصي عليه. وتنفذ إذا قدر عليه[4]. والسرقة كالغصب.

فإن هلك البعض فقط، أو استحق البعض فقط، بطلت الوصية في القدر المستحق والهالك، ونفذت في الباقي إذا حمله الثلث[5].

1ـ النوازل الصغرى 9/3 ـ 435/4 ـ 443 وما بعدها.

2ـ انظر البداية 336/2 ـ 337.

3ـ المغني 154/6 ـ 155 ـ المنتقى 163/6 المدونة 279/4 ـ 306 ـ 307.

4ـ الزرقاني 191/8.

5ـ المدونة 280/4 ـ المغني 155/6.

وفي حالة الهلاك الكلي أو الجزئي بتعد من الوارث أو غيره، فإن الوصية لا تبطل بذلك. وتتعلق ببدله الذي يغرمه المتعدي من مثل أو قيمة، إذا كان التعدي بعد موت الموصي. لأن الوصية تملك بالموت. فعلى من تعدى عليها غرمها للموصى له، لأنها مال من أمواله[1]. بخلاف هلاكه بتعد قبل الموت فإن الوصية تبطل. والبدل الذي يغرمه المتعدي يأخذه الورثة بمنزلة ما لو باعه الموصي في حياته، فإن الوصية تبطل، والثمن للورثة[2].

خامسا: خروج الموصى به المعين من ملك الموصي:

يتفق الفقهاء على أن الموصى به المعين إذا خرج عن ملك الموصي في حياته بوجه من الوجوه الناقلة للملك فإن الوصية به تبطل، إذا مات الموصي قبل رجوعه لملكه.

واختلف إذا عاد لملكه قبل موته بإرث، أو شراء، أو غيرهما، فقال جمهور المالكية تعود الوصية فيه برجوعه لملكه لتعلق الوصية بعينه[3].

وقال الشافعية والحنفية وبعض المالكية: لا تعود الوصية برجوعه لملكه، إلا بإيصاء جديد، لبطلان الإيصاء الأول[4] بخروجه عن ملكه.

المطلب الثاني:

في الوصية بغير معين

ونقسمه إلى أربعة أقسام لأن العين الموصى بها إما مطلقة غير مقيدة. وإما شائعة في نوعها من المال. وإما شائعة في كل المال. وإما مضافة للمتكلم الموصي: فالأول مثل أعطوه شاة، أو دارا، والثاني مثل أعطوه شاة من غنمي، أو دارا من دوري. والثالث مثل أعطوه سيارة أو شاة من مالي، والرابع مثل أوصي له بغنمي أو داري، أو سيارتي، ولتفصيل ذلك نخصص لكل قسم منها فرعا خاصا به.

1- الذخيرة 47/7 ـ الزرقاني 182/8.

2- راجع المنهاج وفروعه وحواشيه 73/6.

3- الزرقاني 183/8.

4- انظر الفتاوي الهندية 93/6 ـ نهاية المحتاج 95/6 الرهوني 259/8.

الفرع الأول: الوصية بعين مبهمة غير شائعة في جنسها ولا في مال الموصي، مثل الوصية بشاة، أو نخلة، أو سيارة، أو دار، هكذا مبهمة. وقد اختلف الفقهاء حولها في نقطتين: في صحتها وبطلانها، وفي الواجب فيها.

بالنسبة للنقطة الأولى هناك قولان: مذهب الجمهور صحتها. وقال بعض الحنفية ببطلانها، إذا مات ولا غنم له. والاول أصح. لاتفاقهم على صحة الوصية بالمجهول، وهذا منه[1].

بالنسبة للنقطة الثانية، وهي ما يجب فيها هناك أقوال[2].

الأول: وهو الراجح في المذهب المالكي أن الواجب فيها قيمة الوسط من الموصى به. فإذا كانت الوصية بشاة لزمهم قيمة شاة وسط. وإذا كانت بدار لزمهم قيمة دار وسط. ولا يلزم الورثة شراؤها إذا لم تكن في التركة. كما لا يلزمهم إعطاؤها إذا كانت في التركة.

والقول الثاني: وهو لبعض المالكية أن الواجب فيها العين الموصى بها، يعطونها له من التركة، أو يشترونها له إذا لم تكن في التركة وقوفا مع لفظ الموصي. لأنه أوصى بالعين. ولم يوص بالقيمة.

والقول الثالث: وهو للحنفية أن الورثة بالخيار في إعطاء العين الموصى بها، أو قيمتها. وفي الحالتين إنما يلزمهم الوسط: العين الوسط إذا أعطوه العين، أو قيمة الوسط إذا أعطوه القيمة. ولا يلزمهم الأعلى. كما لا يجزئهم الأدنى.

القول الرابع: وهو للشافعية والحنابلة انه يجب فيها أقل ما يصدق عليه الاسم. فإذا كانت بشاة لزمهم أقل ما يسمى شاة. صغيرة أو كبيرة، سليمة أو معيبة. وهكذا إذا كانت الوصية بدار، أو سيارة، أو فرس. ففي الجميع يلزمهم ما يسمى بذلك الاسم لغة. ولا يلزمهم أن يعطوه مما في التركة، ولا يجوز إعطاء القيمة.

ولعل سبب هذا الخلاف راجع إلى الخلاف في حمل اللفظ على أقل مدلولاته، أو أعلاها، أو وسطها، فمن قال: يحمل على الوسط قال هنا: بلزوم الوسط. ومن رأى

1ـ انظر المغني 149/6 ـ نهاية المحتاج 7/6 الفتاوي الهندية 106/6 ـ البدائع 355/7.

2ـ المغني 150/6 ـ نهاية المحتاج 70/6 ـ الفتاوي الهندية 106/6 ـ الزرقاني 191/8 ـ التاج والإكليل 377/6.

حمله على أقل مدلولاته قال هنا: يلزمهم أقل ما يسمى بذلك الاسم. ولم يقل أحد هنا بلزوم الأعلى. لأن الأصل براءة الأمة مما زاد على الأقل. فلا يلزم إلا بيقين. ولأن الزائد مشكوك فيه. والأموال لا تنتقل بالشك. ولأن الشك في السبب يؤدي إلى بطلان المسبب.

الفرع الثاني: الوصية بعين شائعة في نوعها مثل الوصية بشاة من غنمه، أو نخلة من نخيله، أو شقة من شققه، أو دار من دوره، أو بعير من إبله، أو سيارة من سياراته، أو سفينة من سفنه.

وقد اختلف الفقهاء حولها في ثلاث نقط: في اشتراط وجود الموصى فيه وقت الوصية، وفي المقدار الواجب فيها، وفي وجوده عند الموت.

بالنسبة لاشتراط وجود الموصى فيه وقت الوصية وعدمه هناك قولان:

الأول: وهو مذهب المالكية، وقول الحنفية، وأحد وجهين للحنابلة أنه يشترط وجوده وقت الوصية[1].

والقول الثاني: أنه لا يشترط وجوده. وهو مذهب الشافعية. والوجه الثاني للحنابلة. والقول الثاني للحنفية[2]. وتظهر فائدة الخلاف فيمن ملك ذلك بعد الوصية ومات، والموصى به في ملكه، فعلى القول الأول تبطل الوصية، ولا شيء للموصى له. وعلى الثاني تصح ويعطى للموصى له وصيته.

حجة القول الأول على اشتراط وجود الموصى فيه وقت الوصية، وبطلانها إذا لم يكن موجودا، ولو وجد عند الموت.

1ـ أنه أوصى بما لا يملك ولا وصية فيما لا يملك.

2ـ أن تقييد الوصية بقوله من غنمي مثلا جعل كلامه كالهذيان، وغير جاد. لأنه لا غنم له. ومن شروط الوصية الجدية في إنشائها، وعدم الهزل فيها كما سبق[3].

1ـ انظر الدسوقي 440/4 ـ حاشية العدوي 446/5 الفتاوي الهندية 106/6 الفقه على المذاهب الأربعة 320/3.

2ـ نهاية المحتاج 69/9 ـ المغني 149/6 ـ البدائع 355/7.

3ـ انظر الشرح الكبير 440/4 ـ الخرشي 446/6 ـ الزرقاني 191/8.

3ـ القياس على من قال: أوصيت له بداري ولا دار له. فإن الوصية تكون باطلة فكذلك هنا[1].

وحجة القول بعدم اشتراطه، وصحة الوصية إذا ملكها وقت الموت.

1ـ القياس على الوصية بالدراهم المرسلة، كألف درهم، فإنه لا يشترط تملكها وقت الوصية.

2ـ القياس على الوصية بجزء شائع، كثلث ماله، أو ربعه، فإنه لا يشترط وجود مال له وقت الوصية. فكذلك هنا[2].

وسبب الخلاف هو هل المعتبر في الملك وقت الوصية. أو وقت الموت؟ فمن اعتبر الأول قال ببطلانها. ومن اعتبر الثاني قال بصحتها:

واتفق الفريقان على صحتها إذا كان موجودا وقت الوصية والموت، كما اتفقوا على بطلانها إذا لم تكن موجودة وقت الموت. وإن كانت موجودة وقت الوصية.

ثانيا: بالنسبة للنقطة الثانية: ما يجب فيها هناك أقوال[3]:

الأول: وهو المشهور في المذهب المالكي أن الموصى له شريك بالجزء في نوع المال الموصى فيه، بنسبة العدد الموصى به وقت الوصية للعدد الموجود يوم تنفيذ الوصية، زاد المال أو نقص، وإذا لم يبق إلا العدد الموصى به فإنه يأخذه الموصى له وحده، كان واحدة، أو أكثر. إذا حمله الثلث، أو قدر ما يحمله منه إذا كان أكثر من الثلث.

فإذا كانت الوصية بعشر شياه من غنمه. وهي خمسون يوم الوصية، فكأنه أوصى له بخمس الغنم. لأنها نسبة عشرة إلى خمسين. فإذا بقيت الغنم كذلك فذاك. وإذا زادت أو نقصت اعتبرت تلك النسبة، فإذا نمت فأصبحت مائة. فإنه يكون شريكا بالعشر لا بالخمس، لأن المعتبر يوم التنفيذ. وإذا نقصت فصارت عشرين كان شريكا بالنصف،

1ـ المغني 149/6.

2ـ نفس المرجع والصفحة.

3 راجع الزرقاني وبناني 191/8 المدونة 280/4 الذخيرة 57/7 ـ 47 الحطاب 377/6 ـ 378 ـ التاج والإكليل: 377/6 ـ 378.

فتجزأ الغنم إلى عشرة أجزاء في المثال الأول. وإلى جزأين في المثال الأخير معتبرا في ذلك القيمة، ثم يقرع بينهما، فمن نابه شيء أخذه.

وباعتبار القيمة في القسمة دون العدد يمكن أن ينوبه في سهمه عشرة، أو عشرون، أو أكثر، لاختلاف الغنم، كبرا، وصغرا، وجودة ورداءة وسمنا وهزالا.

فإذا ماتت الغنم ولم يبق إلا العدد الموصى به. أو أقل فإن الموصى له يأخذ ذلك وحده. ولا ينقص له عن العدد المسمى.

وإذا وصى بعشرة وهي خمسون فمات عشرون أعطى ثلث الباقي, وإن هلك ثلاثون أعطى نصف الباقي وإن بقي 15 فله 3/2.

القول الثاني: وهو لبعض المالكية أنه شريك بالجزء مطلقا، زاد المال أو نقص، ولو لم تبق إلا واحدة فإنه يكون شريكا فيها بالجزء.

فإذا أوصى له بشاة من غنمه وهي خمسة فقد أوصى بِخُمُس غنمه. فإذا هلكت ولم تبق إلا واحدة أعطي خمسها. وهكذا. ووجه هذا القول مراعاة لفظ الموصي. والنسبة بين العدد الموصى به والموصى فيه. زاد المال أو نقص. بخلاف القول الأول فإنه راعى النسبة إذا بقي المال على حاله أو زاد. أما إذا نقص فإنه يعتبر عنده العدد حينئذ.

القول الثالث: وهو مذهب الشافعية، أنه يعطى للموصى له بعدد ما وصى له به. فإن كانت الوصية بواحدة أعطى واحدة. وإن كانت بعشرة أعطى عشرة. وهكذا. بقطع النظر عن القيمة. وبلا قرعة. وقوفا مع لفظ الوصية.

وللورثة أن يعطوه اقل ما يصدق عليه الاسم. ولا يلزمهم الوسط. ولا الأعلى. عملا بقاعدة المطلق يخرج من العهدة منه بأقل ما يصدق عليه اللفظ، وقاعدة حمل اللفظ على أقل مدلولاته.

ولا يجوز للورثة إمساك ما في التركة وإعطاؤه من غيرها، ولو تراضيا على ذلك. إلا إذا لم يكن في التركة إلا العدد الموصى به فإنه يتعين دفعه بعينه ولو كان أعلى وأجود.

فإذا أوصى بسيارة من سياراته، أو دار من دوره، ومات وليس له إلا سيارة فاخرة، أو دار فخمة فإنه يتعين إعطاؤهما للموصى له. إلا أن يصالحوه على غيرهما فيجوز عندهم. لأنه صلح على معين. بخلاف ما إذا كان في التركة أكثر من العدد الموصى به فإنه لا يجوز الصلح وإعطاؤه من غير التركة. لأنه صلح على مجهول.

ووجه ذلك أنه إذا أوصى له بسيارة من سياراته فمات عن خمس سيارات مثلا فإن الواجب واحدة غير معينة، لأنه يجوز إعطاؤه أي واحدة منها، فإذا صالحوه بإعطاء غيرها فقد صالحوه على غير معين، فلا يجوز[1].

القول الرابع: وهو مذهب الحنفية أن للورثة الخيار في إعطائه العين الموصى بها، أو قيمتها، ويلزمهم الوسط في الحالتين[2].

القول الخامس: وهو أحد قولي الحنابلة وبعض المالكية أن الموصى له شريك بالعدد الموصى به يأخذه بالقرعة. فإذا أوصى له بشاة من غنمه أو سيارة من سياراته فإنه يعطى واحدة بالقرعة. وإذا كانت الوصية بعشر نخلات من نخيله أعطى عشرة بالقرعة أيضا وهكذا[3].

وبالنسبة للنقطة الثالثة التي هي وجوده عند الموت. فإن المذاهب الثلاثة المالكية، والشافعية، والحنفية والرواية المشهورة عن أحمد تشترط وجود الموصى به عند الموت، فإذا كان الموصى به موجودا يوم الوصية وهلك قبل الموت بطلت الوصية[4]. لفوات محلها، ولأنها إنما تلزم بالموت، ولا شيء له مما أوصى به يوم الموت، ولأن مقصود الموصي اعطاء ذلك بشرط وجوده عند الموت.

وفي رواية عن أحمد أن الوصية لازمة في هذه الحالة. وتتعلق بكل التركة. فيشترى منها الموصى به إذا لم يكن موجودا. ويعطى للموصى له. مراعاة لقصد الموصي ولفظه.

1ـ نهاية المحتاج 69/6 ـ المغني 149/6.

2ـ الفتاوي الهندية 106/6.

3ـ المغني 149/6 الذخيرة 48/7.

4ـ المغني 149/6 نهاية المحتاج 96/6 ـ الزرقاني 191/8 ـ المدونة 148/4 ـ الذخيرة 47/7 الام 94/4

وتنفيذا لرغبته، فإن مقصوده اعطاء الموصى له ما سماه له. فإذا لم توجد عينه في التركة اشتري منها، ولا تبطل الوصية[1].

الفرع الثالث: الوصية بعين شائعة في جميع المال، مثل الوصية بسيارة من ماله، أو دار، أو شاة من ماله أيضا، وقد اتفق فيها الفقهاء على نقطة، واختلفوا في نقطتين.

أما النقطة المتفق عليها فهي عدم اشتراط وجود الموصى به يوم الوصية[2]. فإذا أوصى له بشيء من ذلك، ولا سيارة له، ولا دار، ولا شاة يوم الوصية. ثم ملك ذلك ومات وهي في ملكه فإن الوصية تصح عند الجميع. لوجود الموصى به وقت الموت. وهو وقت وجوب الوصية.

والفرق بين هذه والتي قبلها ـ شاة من غنمي ـ أنه هنا أضاف الموصى به إلى ماله، فدل ذلك على قصده اعطاء ذلك. وإن لم يكن موجودا في التركة اشتري منها، وفي التي قبلها ـ شاة من غنمي ـ أضاف الموصى به إلى نوعه، فاقتضى ذلك اعطاءه إذا كان ذلك النوع موجودا في التركة. ولذلك تبطل الوصية إذا لم يوجد في التركة.

وأما النقطتان المختلف فيهما، فهما اشتراط وجود الموصى به عند الموت. وماذا يستحق الموصى له فيها.

فبالنسبة لاشتراط وجوده يوم الموت هناك قولان:

فالمالكية والشافعية لا يشترطون وجوده عند الموت. والحنفية يشترطون ذلك[3].

فإذا قال: أعطوه سيارة من مالي، أو دارا من مالي، ولا سيارة له، ولا دار عند الموت فإن الوصية تبطل عند الحنفية، لتعذر تنفيذها بعدم محلها. وصحيحة عند المالكية والشافعية، ويشترى له الموصى به على ما يأتي.

1- راجع المغني 149/6 ـ 150.

2- راجع الفقه على المذاهب الأربعة 320/3 نهاية المحتاج 69/6 ـ الزرقاني 191/8الام 96/4.

3- نفس المرجع .

أما بالنسبة لما يستحقه الموصى لهم فيها فإن هناك أقوالا:

الأول: مذهب الحنفية أن الخيار للورثة في إعطاء العين الموصى بها، أو قيمتها، على نحو ما سبق في الوصية بعين مطلقة[1].

القول الثاني: وهو مذهب الشافعية أن للورثة أن يعطوه أقل ما يصدق عليه الاسم. ولا يلزمهم الأفضل ولا الوسط. كما لا يلزمهم اعطاؤه مما هو موجود في التركة. فإن شاؤوا اعطوه منها، وإن شاؤوا امسكوه لأنفسهم، واشتروا له أقل ما يسمى بذلك الاسم، ولا يعطونه القيمة[2]. كما لا يعطونه غير المسمى.

والفرق بين هذه والتي قبلها حيث لزمهم اعطاؤه مما في التركة. وتعيينه إذا لم يوجد إلا العدد الموصى به، انه في الأولى قيد الموصى به بكونه من غنمه، أو سياراته، أو دوره فكانت وصية مقيدة بما في التركة، والمقيد محمول على قيده، وإعطاؤه من غيرها تبديل للوصية لا يجوز. وفي هذه الصورة الموصى به مطلق غير مقيد بكونه من غنمه أو سياراته أو دوره. والمطلق محمول على إطلاقه، فلذلك يجوز إعطاؤه مما في التركة ومن غيرها. والخيار لهم لا له.

القول الثالث: وهو مذهب المالكية أنه إذا لم يكن له الموصى به يوم الوصية فإنهم يعطونه قيمة الوسط على الراجح، وقيل يلزمهم شراء الموصى به من مال التركة. وعلى القولين لا يلزمهم الأعلى. ولا يجزئهم الادنى، مراعاة للعدل بين الورثة والموصى له، فإن الورثة يريدون إعطاء الأدنى، والموصى له يريد أخذ الأعلى، فكان اعطاء الوسط عدلا بين الفريقين.

وفي حالة وجود الموصى به يوم الوصية فإن الموصى له يكون شريكا بالجزء على التفصيل والخلاف السابقين في الوصية بشاة من غنمه. فإن هلكت فلا شيء له لتعلق الوصية بعينها[3].

1ـ الفتاوي الهندية 106/6.

2ـ نهاية المحتاج 96/6 الام 95/4.

3ـ انظر المنتقى 133/6 ـ الذخيرة 47/7.

الفرع الرابع: الوصية بنوع من ماله مثل الوصية بغنمه، أو سياراته، أو دوره، أو نخيله، أو سفنه، والكلام عنها في وجوه ثلاثة: في اشتراط وجود الموصى به في ملك الموصي يوم الوصية. وفي الزيادة والنقص الطارئين عليه، وفي استبداله بمثله.

أولا: بالنسبة لاشتراط وجوده عند الوصية هناك خلاف.

مذهب الحنفية والظاهرية اشتراط وجوده يوم الوصية، ولا يكفي وجوده بعدها قبل الموت. فإذا أوصى بغنمه، أو سفنه، ولا غنم له ولا سفن. ثم ملك ذلك ومات وهي في ملكه فإن الموصى له لا حق له فيها، لبطلان الوصية حين إنشائها، وما وقع باطلا لا يمكن تصحيحه، وهو مقتضى قول الحنابلة ببطلان من أوصى بداره ولا دار له[1].

ومذهب الشافعية أنه لا يشترط وجوده في ملك الموصي يوم الوصية، وان الوصية صحيحة إذا ملك ذلك بعد الوصية قبل الموت، لأن العبرة بيوم الموت[2].

والمالكية يشترطون وجوده في مسألة اعطوه شاة من غنمي، فيلزمهم أن يقولوا باشتراطه في هذه أيضا، وهو مقتضى تعليل البطلان هناك، بأن الوصية مع عدم الملك تلاعب. وهذيان وهزل، فلا تنعقد الوصية معه ولا تصح[3].

وهو المنصوص عليه فيمن أوصى لزيد بعبيده المسلمين، وليس له عبد مسلم، فأسلم بعض عبيده النصارى بعد الوصية، أو اشتراه مسلما، فإنه لا شيء للموصى له فيمن اسلم، أو اشتراه مسلما، لعدم دخوله في الوصية. وهذا يعني بطلان الوصية في غير الموجود يومها. وقال ابن المواز بصحتها ودخول من أسلم أو اشتري مسلما[4].

وثانيا: بالنسبة لوجوده يوم الموت فإن هناك اتفاقا على اشتراط وجوده. وأن ما هلك أو مات قبله فإن الوصية تبطل فيه لفوات عينه. وتعذر تنفيذ الوصية فيه، ولا تنفذ في غيره من المال الذي لم يوص فيه. وقوفا مع لفظ الموصي[5].

1- الفقه على المذاهب الأربعة 320/3 - وانظر المحلى 321/9 المغني 149/6.

2- انظر نهاية المحتاج 96/6. الشرقاوي 75/2.

3- انظر الشرح الكبير 440/4 الخرشي 446/5 - الزرقاني 191/8.

4- انظر الزرقاني وبناني 185/8 - 186.

5- المدونة 280/4.

سواء كان الهلاك قبل الموت أو بعده، لأنه إذا كان الهلاك قبله فالوصية لا تستحق إلا بالموت. ولا موصى به عنده، وإن كان بعد الموت فلأن التركة في يد الورثة أمانة غير مضمونة، لأنها حصلت في أيديهم بغير فعلهم. والأمين لا ضمان عليه. إلا أن يتعدوا بعد الموت فيلزمهم الضمان، كما أنه إذا كان الهلاك بتعد من أجنبي بعد الموت فإن الوصية تنتقل إلى بدل الموصى به. من قيمته، أو مثله. لأن الوصية تملك بالموت. فمن أتلفها فعليها غرمها[1]، أخذا بعموم قوله تعالى:﴿ **فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم**﴾[2].

ثالثا: واما الزيادة في العدد فإن الوصية تعم الموجود وما سيوجد من ذلك النوع الموصى به. والعبرة بالموجود يوم الموت عند الشافعية والحنابلة. ويوم التنفيذ عند المالكية. وقال الظاهرية تختص بالموجود يوم الوصية كما سبق في وقت اعتبار الثلث فلا حاجة لاعادته[3]. وسبب الخلاف احتمال الإضافة للعهد. فتختص بالموجود، أو الجنس فتعم الموجود وغيره.

وأما بالنسبة لاستخلاف مثله في حال هلاكه، أو بيعه فإن هناك قولين[4].

الاول: وهو الراجح أن الوصية تتعلق بنوع الموصى به لا بشخصه. فإذا هلك ما كان موجودا، أو باعه وامتلك مثله، فإن الوصية تتعلق به، ويقضى به للموصى له.

وقيل تختص بعين الموجود يوم الوصية، فإذا استبدله بمثله فلا حق للموصى له في البدل.

[1]ـ راجع المغني 73/6 ـ الذخيرة 47/7 ـ نهاية المحتاج 73/6 ـ الرهوني 258/8.

[2]ـ من الآية 194 البقرة.

[3]ـ انظر المحلى 321/9 الفتح 369/5.

[4]ـ انظر الرهوني 259/8 ـ وما بعدها.

المطلب الثالث:

في الوصية بالعين والنقود

المقصود بالعين العملات المتعامل بها من دراهم، ودنانير، ودولارات وغير ذلك من العملات النقدية. وحكم الوصية بها يختلف باختلاف أحوال التركة. وحال العين. فقد تكون التركة كلها عروض لا عين فيها. أو كلها عين، أو بعضها عروض، وبعضها عين، أو بعضها عين وبعضها دين، أو تكون كلها مال غائب، أو دين، فالأحوال خمسة.

ففي الحالة الأولى: حيث تكون التركة كلها عروض لا عين فيها هناك خلاف إذا أوصى بعين ليست في التركة، كالف درهم، أو مليون درهم، ولا دراهم له، ففي رواية مالك أن الورثة يخيرون: إما أن يخرجوا الوصية، أو يعطوا للموصى له ثلث التركة كلها، ولا يبيع الحاكم شيئا من التركة لتنفيذ الوصية[1].

وقال ابن القاسم وأشهب: لا يخير الورثة، بل تباع العروض، ويعطى الموصى له وصيته، إلا أن أشهب قال بتعجيل البيع لتنفيذ الوصية، إلا أن يكون في ذلك ضرر على الورثة. فيؤخر اليوم واليومين. وابن القاسم يقول بالانتظار حتى تباع العروض، ولا يعجل البيع. ووافق الحنفية أشهب وابن القاسم في القول ببيع التركة لتنفيذ الوصية[2]. وسبب الخلاف راجع إلى:

أولا: إلى الخلاف في دلالة الأمر على الفور وعدمه، فمن قال: بدلالته على الفور قال: بتعجيل البيع إلا لضرر. ومن قال: لا يدل على الفور، قال: بالانتظار حتى تباع التركة، ولا يعجل البيع.

وثانيا: إلى مراعاة اللفظ وعدمه، فمن راعى لفظ الموصي أوجب بيع العروض عاجلا، أو آجلا، لإخراج النقد الموصى به، ومن لم يراع اللفظ رأى أن الموصي لا حق له في الوصية بأكثر من ثلثه، فإذا عدل عنه إلى الوصية بالعين المرسلة مما ليس في التركة كان للورثة الخيار في إمضاء ذلك، أو إخراج ثلثه، ولا يلزمهم ما عينه.

---

[1]- المنتقى 165/6 الذخيرة 151/7.

[2]- انظر الذخيرة 151/7 - المنتقى 163/6 - الحطاب 484/6 - الفتاوي الخانية 434/6.

وفي الحالة الثانية: التي تكون فيها التركة كلها عين، فإن الوصية بالعين تجوز في حدود الثلث إذا كانت التركة كلها حاضرة. فإن كان فيها عين حاضرة، وعين غائبة فليس له الوصية إلا بما يحمله ثلث الحاضرة، فإن زاد عليه كان للورثة الخيار في إمضاء الوصية. أو إعطاء الموصى له ثلث الميت في الحاضرة والغائبة[1]. ففي رواية ابن حبيب ومطرف عن ابن الماجشون فيمن أوصى لرجل بعشرين ومائة، وليس في تركته حاضر إلا مائة وسائره غائب، أنه يخير الورثة. إن شاؤوا أعطوه المائة الحاضرة، وأتموا له وصيته من الغائب. وإن شاؤوا أعطوه ثلث التركة حاضرها وغائبها[2].

وفي الحالة الثالثة: التي تكون فيها التركة مختلفة، بعضها عروض، وبعضها عين، هناك خلاف في الوصية إذا أوصي بالعين، وترك العروض للورثة، كمن له أرض، ودار، وماشية، ونقد، وأوصى بالنقد.

فقال مالك: لا يجوز له أن يوصي بالعين كلها، أو بأكثر من ثلثها. ويترك للورثة العروض، ولو كانت قيمتها أكثر من ثلثي التركة، وهو قول ابن القاسم[3].

وقال أشهب والحنفية: يجوز له ذلك، أحب الورثة، أم كرهوا. كانت العين معينة أم لا. إذا بلغت الثلث فأقل[4]. وفرق عبد الملك فقال: إن كان بيع العقار والعروض يتأخر فالخيار للورثة في إمضاء الوصية. أو إعطاء الموصى له ثلث التركة في العين وغيرها[5].

وفي الحالة الرابعة: التي تكون فيها التركة بعضها عين، وبعضها دين هناك خلاف أيضا.

قال مالك: لا يجوز أن يوصي بالعين الحاضرة، ويترك للورثة الدين، ولو كانت العين الموصى بها الثلث فأقل[6]. فإن فعل فللورثة الخيار في إمضاء الوصية، أو إعطاء الموصى له ثلث التركة. وقال اللخمي يجوز ذلك بشروط: إذا كان المدين حاضرا، موسرا،

1ـ المنتقى 164/6 المعيار 385/9.
2ـ نفس المرجع المنتقى.
3ـ المعيار 385/9 ـ المنتقى 164/6.
4ـ انظر المنتقي 164/6 ـ الفتاوي الخانية 434/6.
5ـ الذخيرة 120/7 ـ المنتقي 164/6.
6ـ انظر المدونة 305/4 ـ الذخيرة 119/7.

غير ملد، وكان الدين حالا، أو مؤجلا لا يتعذر بيعه وقيمته الثلثان فأكثر، لأنه في هذه الحالة كالحاضر. وقياسا على الوصية بالعين، وترك العروض للورثة.

فإن كان مؤجلا يتعذر بيعه. أو كانت قيمته إذا بيع أقل من الثلثين. أو كان الدين على معسر، أو ملد، أو غائب لم يجز له الوصية بالعين الحاضرة، وترك الدين للورثة، باتفاق القولين، لما فيه من الإضرار بالورثة[1]. وقال الحنفية: إن خرجت الوصية من ثلث العين فذاك. وإن لم تخرج دفع إلى الموصى له ثلث العين. وكلما خرج شيء من الدين أخذ ثلثه، حتى يستوفي وصيته[2]. وبه أخذ القانون المصري في مادته 43.

وفي الحالة الخامسة التي تكون التركة كلها مال غائب. أو دين. ولا مال حاضر، فإن الوصية بالعين المرسلة صحيحة. فإن طالب الموصى له بتعجيل وصيته وقال الورثة: نتقاضى ونعطيك، فإنه يخير الورثة في تعجيل الوصية. أو اعطائه ثلث التركة يتقاضى لنفسه. وينتظر ما غاب، بناء على أن غيبة المال، أو وجود الدين ينقل الوصية إلى الثلث[3].

المطلب الرابع:

في الوصية بالدين[4]

الدين مال من الأموال، تصح الوصية به كله، أو بعضه إذا حمله الثلث كغيره من الأموال، سواء أوصى به لمن هو عليه، أو لغيره، لعموم أدلة الوصية. وإطلاقها، فتشمل الدين وغيره. وليس في هذا خلاف بين الفقهاء. وإنما الخلاف بينهم في المعتبر في كونه ثلثا. وفيما إذا لم يحمله الثلث، وفي الوصية بالدين لشخص، والناض لشخص آخر، فهي ثلاث نقط.

1ـ انظر الذخيرة 119/7.

2ـ الفتاوي الهندية 104/6 ـ 105.

3ـ المنتقي 164/6.

4ـ انظر المدونة 305/4 ـ الذخيرة 115/7.

بالنسبة للنقطة الأولى، فإن المعتبر في كونه الثلث أو أكثر هو قيمته إذا كان غير نقد. بأن كان عروضا، أو طعاما، أو حيوانا، مَثَلاً[1] فإذا كان لشخص على غيره مائة ثوب، أو عشرون شاة، أو مائة طن قمحا مثلا، فأوصى بذلك لشخص آخر، فإن هذه الديون تقوم كم تساوي الآن نقدا؟ فإذا كانت قيمتها الثلث فأقل صحت الوصية ولزمت، وإذا كان الدين عينا دراهم أو دنانير أو غيرهما من العملات فإن هناك ثلاثة أقوال في المذهب المالكي[2].

الأول: أن المعتبر عدده، سواء أوصى به لمن هو عليه، أو لغيره. وهو قول مالك وابن القاسم.

والقول الثاني: أن المعتبر قيمته، ولا يعتبر عدده مطلقا. وهو لابن حبيب والمغيرة.

والثالث التفصيل. وهو اعتبار عدده بشروط:

1ـ أن تكون الوصية به لمن هو عليه.

2ـ أن يكون موسرا غير معسر.

3ـ أن يكون الدين حالا.

4ـ أن لا تكون معه وصية أخرى.

فإنه في هذه الحالة يعتبر بمنزلة العين الحاضرة، لأن الموصى له يقبض من نفسه لنفسه. فلذلك اعتبر عدده. بخلاف الوصية به لغير من هو عليه، أو للمدين المعسر. والوصية بالدين المؤجل مطلقا، وما إذا كانت معه وصية أخرى، فإنه لابد من تقويمه في هذه الحالات الأربع، ولا ينظر لعدده، لانتفاء العلة السابقة.

1ـ انظر الذخيرة 119/7.

2ـ راجع الذخيرة 115/7 ـ المعيار 409/9.

وبالنسبة للنقطة الثانية إذا كان الموصى به لا يحمله الثلث، فإن مذهب مالك أن الورثة يخيرون، إما أن يجيزوا الوصية كلها، وإما أن يعطوا الموصى له ثلث الميت من كل ما تركه، من عين، ودين، وعقار، وغير ذلك[1].

وبالنسبة للنقطة الثالثة إذا كانت الوصية بالدين لشخص، وبالعين لشخص آخر، فإن هناك حالتين[2].

الأولى: أن يوصي لأحدهما بالدين أو قدر منه. وللآخر بالعين أو بقدر منها. وفي هذه الحالة يخير الورثة، إما أن يجيزوا لكل واحد وصيته، وإما أن يعطوهما الثلث يتحاصان فيه، يضرب الموصى له بالعين بعدد ما وصى له به. ويضرب الموصى له بالدين بقيمة الدين.

وكمثال على ذلك إذا ترك شخص مائة درهم عينا حاضرة. ومائة دينا. وأوصى لرجل بخمسين من العين الحاضرة. وللآخر بأربعين من الدين، ولم يجز الورثة ذلك، فإذا قومت الأربعون الموصى بها من الدين بعشرين مثلا ، فإن الثلث يقسم بينهما على سبعة أسهم، لصاحب الخمسين نقدا خمسة أسهم. ولصاحب الدين سهمان، بحسب نسبة نصيب كل واحد منهما.

الحالة الثانية: أن يوصي لأحدهما بجزء شائع من العين، وللآخر بجزء شائع من الدين مثل أن يوصى لأحدهما بثلث دينه، ولآخر بثلث عينه، وفي هذه يعطى لكل واحد منهما ما وصي له به من العين أو الدين. ولا محاصة بينهما، فيأخذ الموصى له بثلث العين ثلث العين. والموصى له بثلث الدين ثلثه.

---

1 ـ المدونة 305/4 ـ بناني 195/8 ـ الذخيرة 115 ـ 117.

2 ـ انظر المدونة 305/4.

المطلب الخامس:

في الوصية بالاجزاء

نتحدث في هذا المطلب عن الوصية بجزء من التركة. ونقسمه إلى أربعة أقسام؛ وصية بجزء شائع معلوم. مثل الثلث والربع. والوصية بجزء مقدر بنصيب الوارث. والوصية بتنزيله منزلة الوارث، والوصية بجزء مجهول غير مقدر بشيء. ونخصص لذلك أربعة فروع. الأول في الوصية بجزء شائع معلوم. والثاني في الوصية بنصيب الوارث، والثالث في التنزيل. والرابع في الوصية بجزء مجهول.

الفرع الأول: الوصية بجزء شائع معلوم، ونقسمه بدوره إلى ثلاث نقط: جزء شائع في جميع المال، مثل الوصية بثلث ماله أو ربعه. ووصية بجزء شائع في نوع من المال مثل الوصية بثلث أراضيه، أو أشجاره، أو غنمه. ووصية بجزء شائع في معين كثلث هذه الدار أو هذا المعمل.

بالنسبة للنقطة الاولى الوصية صحيحة إجماعا، لحديث سعد (الثلث والثلث كثير)[1].

ولا يشترط أن يكون للموصي مال يوم الوصية، ولا بقاؤه بعينه إذا كان موجودا عند جمهور العلماء[2]. فإذا لم يكن له مال وقت الوصية، أو كان وهلك واستفاد مالا قبل موته فإن الوصية تنفذ في جميع التركة، حاضرها وغائبها، دينها، ونقدها، ويعتبر الموصى له شريكا للورثة بنسبة الجزء الموصى له به. وبه أخذ القانون السوري (م 242 ص 1) وقال الظاهرية تختص الوصية بالموجود يوم الوصية، فإن لم يكن له مال واستفاده. أو كان وهلك، ثم استفاد غيره لم يكن للموصى له شيء، إلا أن يقول الموصي يخرج من متخلفي كذا، فتنفذ في الجميع حينئذ[3]. وبالنسبة للنقطة الثانية وهي الوصية بالجزء الشائع في نوع من المال. ثلث غنمه مثلا . فإن هناك خلافا.

---

[1]ـ سبق تخريجه.

[2]ـ المدونة 297/4 الفتاوي الهندية 105/6 ـ نهاية المحتاج 54/6.

[3]ـ المحلى 321/9.

مذهب مالك أن المعتبر ما وجد يوم التنفيذ. زاد المال على يوم الوصية أو نقص. فإذا كانت غنمه مائة وصارت الفا، فإنه يعطى ثلثها بالقيمة. كما أنها إذا هلكت ولم تبق إلا واحدة فإنه لا يعطى إلا ثلث ما بقي، لأن الموصى له شريك للورثة، فالزيادة له ولهم، والنقص عليه وعليهم[1].

وخالف الحنفية في ذلك. وقالوا: باختصاص الوصية بالموجود يوم الوصية. فإذا هلك واستفاد غيره لم يكن للموصى له حق في المستفاد، لبطلان وصيته بهلاك الموصى فيه، الموجود يوم الوصية[2].

وإذا لم يبق إلا ثلث الموصى بثلثه أخذه الموصى له كله، كمن أوصى بثلث دراهمه، أو غنمه فهلك الثلثان وبقي الثلث، فإنه يعطى للموصى له ما بقي ولا شيء للورثة فيه[3].

واختلفوا إذا كان المال الموصي بجزئه مختلف الاجناس، كالثياب، والدور، والرقيق، فقال أبو حنيفة للموصى له ثلث الباقي. وقال صاحباه: الباقي كله للموصى له. إذا كان قدر وصيته. كمن أوصى بثلث ثلاثة اعبد، أو ثلاث دور، فهلك اثنان، أو استحقا، وبقي واحد، فإن العبد الباقي والدار الباقية للموصى له عند محمد وأبي يوسف. وعلى قول أبي حنيفة ليس له إلا ثلث الباقي[4].

وكذلك اختلفوا إذا لم يكن للموصى ما وصى به وقت الوصية ثم استفاد على قولين، الصحيح عندهم أن الوصية صحيحة. وقيل باطلة. فإذا أوصى له بثلث أراضيه، أو سياراته، ولا أرض له ولا سيارة، ثم ملك ذلك صحت الوصية على الأول وبطلت على الثاني[5].

1ـ انظر المدونة 413/4 الذخيرة 59/7 ـ 63 ـ الزرقاني 191/8.

2ـ البدائع 155/7.

3ـ الفتاوي الهندية 104/6.

4ـ الفتاوي الهندية 104/6.

5ـ نفس المرجع 106/6 ـ البدائع 355/7 ـ الفتاوي الخانية 499/3.

وسبب الخلاف اختلافهم في اشتراط وجود الموصى به وقت الوصية، وعدم اشتراطه. فمن شرطه قال: ببطلان الوصية. ولو استفاده بعدها، لوقوعها باطلة. ومن لم يشترطه قال بصحتها إذا وجد يوم الموت وإن كان معدوما وقت الوصية.

وبالنسبة للنقطة الثالثة: وهي الوصية بجزء شائع في معين، كثلث هذه الدار، وهذه الأرض، فإن الوصية صحيحة اتفاقا إذا كان المعين في ملك الموصي وقت الوصية.

فإذا لم يكن في ملكه فمذهب المالكية صحتها. ومذهب الحنفية والحنابلة بطلانها، وللشافعية قولان. بالصحة والبطلان[1].

وسبب الخلاف اختلافهم في اشتراط وجود الموصى به المعين في ملك الموصي وقت الوصية، وعدم اشتراطه والاكتفاء بوجوده في ملكه يوم الموت. فمن شرطه قال ببطلانها إذا لم يكن في ملك الموصي وقت الوصية. ومن لم يشترطه قال: بصحتها، وقد أخذ القانون المصري في مادته (310) والقانون السوري في مادته (216) بالرأي القائل باشتراط وجوده.

واتفق الفقهاء على بطلان الوصية إذا هلك الموصى بجزئه أو استحق كله. واختلفوا إذا لم يبق منه إلا قدر الموصى به أو أقل، فقال المالكية ليس للموصى له إلا ثلث الباقي أو ربعه حسب الوصية. قل أو كثر، ولا ينظر إلى ما هلك، أو استحق[2]. وقال الأئمة الثلاثة الشافعي، وأبو حنيفة، واحمد وأصحابهم: يعطى الباقي كله للموصى له. فإذا أوصى له بثلث هذه الدار فاستحق الثلثان فإن الثلث الباقي للموصى له. وإن استحق النصف أعطى الموصى له ثلث الدار والباقي للورثة[3]. وبه أخذ القانون المصري في مادته 48 والقانون السوري في مادته 244 التي تقول: 1ـ إذا كانت الوصية بحصة شائعة في معين فهلك أو استحق فلا شيء للموصى له.

2ـ إذا هلك بعضه أو استحق أخذ الموصى له جميع وصيته من الباقي غير متجاوزة ثلث التركة.

1ـ راجع ما سبق في شروط الموصي.

2ـ انظر المدونة 314/4 ـ الذخيرة 63/7.

3ـ المغني 155/6 ـ الام 95/4.

أما القانون المغربي فاكتفى بالنص، على بطلان الوصية بهلاك الموصى به المعين قبل وفاة الموصي، وسكت عن هلاك بعضه، أو استحقاقه. ويفسر ذلك أخذا بمذهب مالك القائل بأنه ليس له إلا ثلث الباقي حسب الفصل 216.

الفرع الثاني الوصية بنصيب الوارث:

وهو منقسم إلى أربعة أقسام فقد يكون الوارث الموصى بنصيبه معينا وارثا بالفعل، وقد يكون معدوما، أو محجوبا عن الإرث. كما قد يكون غير معين. كما أن الوصية قد تكون بنصيبه، أو بمثل نصيبه.

القسم الأول: الوصية بنصيب الوارث المعين:

المقصود بالوارث المعين هو الوارث الموجود في الفريضة، والمعين بصفته التي يرث بها، كان وارثا بالفرض، أو بالتعصيب، مثل الوصية بنصيب ابنه، أو ابنته، أو أمه، أو أبيه، أو زوجه أو زوجته. فذلك كله يعتبر من قبيل الوصية بنصيب وارث معين إذا كانوا موجودين وارثين.

وقد اتفق الفقهاء على كراهة هذه الوصية. كما قال إبراهيم الحربي: كان يكره أن يوصي الرجل بمثل نصيب بعض الورثة، وإن كان أقل من الثلث. وفي لفظ آخر لا يجوز بدل يكره[1]. ولكنهم اختلفوا في صحتها وبطلانها وفيما يستحقه الموصى له فيها، وفي وقت اعتبار الأولاد إذا كانت الوصية بنصيب أحدهم فهي ثلاث نقط.

أولا: بالنسبة لصحتها وبطلانها هناك قولان:

الأول: وهو مذهب المالكية وأحد قولي الحنابلة أنها وصية صحيحة[2].

والقول الثاني أنها وصية باطلة. وهو مذهب الشافعية، وأحد قولي الحنابلة وقول الحنفية[3].

حجة القول بالصحة القياس على الوصية بجميع المال، فإنها تتضمن الوصية بنصيب جميع الورثة. ومع ذلك هي صحيحة، موقوفة على إجازة الورثة عند الجمهور، وكذلك الوصية بنصيب وارث.

1ـ سنن سعيد 101/1.

2ـ انظر الزرقاني 176/8 المغني 33/6.

3ـ الفقه على المذاهب الأربعة 348/3 الفتاوي الهندية 99/6.

وحجة القول بالبطلان أن نصيب الوارث ملك للوارث بنص القرآن والسنة، فالوصية به وصية بمال الغير، فلا تصح. كما لو أوصى له بدار ابنه، أو أرض زوجته وغير ذلك.

ثانيا: بالنسبة لما يستحقه الموصى له على القول بالصحة، هناك أيضا قولان.

الأول: وهو المعتمد في المذهب المالكي أن الموصى له يستحق نصيب الوارث المعين الموصى بنصيبه في فريضة الميت. كان وارثا بالفرض، أو بالتعصيب. إلا أنه إذا كان الثلث فأقل مضى. ولو كره الورثة. وإن كان أكثر من الثلث كان للورثة الخيار في رد الزائد على الثلث كسائر الوصايا. ولا يقدر زائدا على الورثة مطلقا[1].

فإن كانت الوصية بنصيب الأم مثلا ، فهي وصية بالثلث، إن لم يكن هناك من يحجبها عن الثلث، وإن كان هناك من يحجبها فهي وصية بالسدس، وإن كانت الوصية بنصيب الزوج أعطى الموصى له الربع مع وجود الفرع الوارث، والنصف مع عدمه، وإذا كانت الوصية بنصيب ابنته فهي وصية بالنصف إن كان للموصي ابنة واحدة، لأنه نصيبها، وإن كانتا اثنتين فهي وصية بالثلث الواحد، لأنه نصيب البنت في هذه الحالة، وإن كن ثلاثة فثلث الثلثين، أو أربعا فربع الثلثين وهكذا. وإن كانت بنصيب ابنه فإن كان له ابن واحد فهي وصية بجميع المال. لأنه نصيبه. وإن له ابنان فهي وصية بالنصف. وإن كانوا ثلاثة فهي وصية بالثلث. وهكذا.

وإن كان معهم ذوو الفروض فإنه تعزل الفروض أولا، ويقسم الباقي على الأولاد. فما ناب الولد فهو للموصى له. ثم تجمع الفروض وما بقي عن الوصية ويقسم بين الورثة على فرائض الله. ليدخل ضرر الوصية على جميع الورثة: أصحاب الفروض وغيرهم.

ولتوضيح ذلك نفرض المسائل التالية:

1ـ إذا ماتت امرأة عن زوجها، وابنها، وابنتها، وأوصت لأخيها بنصيب الزوج فإن الموصى له يعطى الربع الذي هو نصيب الزوج، ويقسم الباقي بين الورثة.

1ـ الزرقاني 176/8 ـ الحطاب 385/6 ـ إيضاح الأسرار المصونة للرسموكي ص 157.

وبما أن فريضتهم من أربعة والباقي بعد الوصية ثلاثة وهو منكسر مباين، فإننا نضع الباقي فوق أصل الفريضة وأصل الفريضة فوق الوصية ونضرب مقام الوصية فيما فوقها: أربعة في أربعة بستة عشر، منها تصح المسألة. ثم نقول من له شيء في الفريضة أخذه مضروبا فيما فوقها. ومن له شيء في الوصية أخذه مضروبا فيما فوقها. ينوب الموصى له أربعة. والزوج ثلاثة. والبنت ثلاثة. والابن ستة هكذا

	3/4	4/4	16
زوج	1		3
ابن	2	3	6
بنت	1		3
موصى له بنصيب الزوج	1/4	1	4

وإذا وصت بنصيب ابنها لأخيها أعطي الأخ النصف إذا أجازه الورثة. وإن لم يجيزوا ردت إلى الثلث وقسم الباقي هكذا

	1		6
	4	2 x 3	
زوج	1		1
ابن	2	2	2
بنت	1		1
موصى له بنصيب الابن	1/3	1	2

القول الثاني: أن الموصى له يقدر زائدا بنصيبه الموصى له به، فيزاد على الفريضة كالعول. وهو أحد قولي الحنابلة. وادعى اللخمي الاتفاق عليه في المذهب المالكي إلا أن دعواه غير صحيحة[1].

فإذا كانت الوصية بنصيب ابن فإن كان للميت ابن واحد فإن الموصى له يقدر ابنا زائدا يستحق النصف على هذا القول، لا الكل كما يقول المالكية. وإن كان له

1 ـ المغني 30/6. انظر الرهوني 275/8 ـ 276.

ابنان فهي وصية بالثلث. وإن كانوا ثلاثة فهي وصية بالربع، وهكذا. وإن كانت الوصية بنصيب ذوي الفروض أعطى الموصى له فرض الموصى بنصيبه، وزيد على أصل المسألة كالعول.

فإذا أوصى بنصيب الجدة أعطي السدس، وزيد على الفريضة سدسها. وإن كانت الوصية بنصيب الزوجة مع الفرع الوارث فإنه يزاد على الفريضة ثمنها. وإن كانت بنصيب الزوج مع الفرع الوارث فإنه يزاد عليها ربعها، وهكذا. فإذا ترك زوجة، وبنتا، وأخا، وأوصى بنصيب الزوجة، فإن الفريضة من ثمانية. للزوجة واحد، فيعطى للموصى له واحد، يزاد على الفريضة فتصير تسعة، ومنها تصح المسألة. وهكذا.

ثالثا: وبالنسبة لوقت اعتبار عدد الأولاد إذا كانت الوصية بنصيب الابن، فإن هناك ثلاثة أقوال في مذهب مالك[1].

الأول: أن المعتبر وقت الوصية. زاد الأولاد بعد ذلك، أو نقصوا. فإن كانا اثنين وقت الوصية فللموصى له النصف، ولو صاروا يوم الموت سبعة، أو لم يبق إلا واحد.

والقول الثاني: أن العبرة بيوم الموت. فإن كانوا يوم الوصية خمسة، ولم يبق إلا واحد يوم الموت، فإن الموصى له يستحق جميع المال إن أجازه الورثة، كما أنه إذا كان يوم الوصية ولد واحد، ثم صاروا خمسة يوم الموت فإن الموصى له يستحق الخمس، اعتبارا بوقت الموت فيهما.

القول الثالث: لابن كنانة، وهو الفرق بين علم الموصي بتغير عددهم، وعدمه، فإن علم بزيادتهم، أو نقصهم، ولم يغير وصيته فالمعتبر وقت الموت. وإن لم يعلم بذلك فالمعتبر وقت الوصية.

<u>القسم الثاني: الوصية بمثل نصيب الوارث المعين</u>

وقد اختلف فيها على النحو السابق، فمالك ومن معه يعطون الموصى له مثل نصيب الوارث من أصل المال، مقدما على الميراث. والباقي يقسم بين الورثة على فرائض الله. ولا يقدرونه زائدا[2]. ومذهب الشافعية، والحنفية، وأهل الفرائض واحد قولي

[1] ـ الذخيرة 68/7 ـ الرهوني 276/8.
[2] ـ المدونة 314/4 ـ الزرقاني 191/8 ـ الرهوني 276/8.

الحنابلة أنه يعطى مثل نصيبه، ويقدر زائدا على الفريضة. كالعول[1] إلا أن يزيد على الثلث فللورثة رد الزائد فقط.

فإذا أوصى بمثل نصيب ابنه وهم ثلاثة أعطي الثلث عند مالك ومن معه. وقسم الباقي على الورثة. ويعطى عند الشافعية ومن معهم الربع مزادا على الفريضة.

حجة مالك أن الوصية وقعت بمثل نصيب ابنه. وابنه في هذه الفريضة له الثلث. فمثل نصيبه هو الثلث. وهكذا. وحجة الآخرين أن مقصود الموصي التسوية بين الموصى له، وبين ابنه، وأن يعطى قدر ما يأخذه ابنه. ولا يتحقق ذلك إلا بتقديره زائدا، يأخذ مثل ما يأخذه كل ولد. وهو الربع، في هذا المثال. لأنه إذا اعطي الثلث كما يقول مالك يكون أخذ أكثر من الابن.

وسبب الخلاف هنا هو الخلاف في مراعاة اللفظ، أو القصد في الوصية. فمالك راعى اللفظ، وغيره راعى القصد[2].

القسم الثالث: الوصية بنصيب الوارث المعدوم أو المحجوب

يتفق جمهور الفقهاء على بطلان الوصية بنصيب الوارث المعدوم، أو المحجوب، سواء أوصى بنصيبه أو بمثل نصيبه، كمن أوصى بنصيب أمه، ولا أم له، أو بنصيب ابنه، ولا ابن له. أو بنصيب زوجته الكافرة، أو نصيب أخيه مع وجود ابنه، ونحو ذلك. لأنه في الجميع أوصى بلا شيء. لأن هؤلاء لا نصيب لهم[3].

وقال الحنفية تصح الوصية بنصيب الابن إذا لم يكن له ابن. وبمثل نصيب الابن، كان له ابن أم لا[4].

وتصح عند الجمهور إذا قال في وصيته لو كان موجودا. أو زاد لو كان وارثا. فإذا قال من لا ولد له، أو له ولد كافر، أوصيت لفلان بنصيب ابني لو كان لي ابن، أو لو كان ابني هذا وارثا. صحت الوصية في الحالتين. واعطي الموصى له ما يعطى الموصى

1- المغني 62/6 الفقه على المذاهب الأربعة 347 - 348 - الأم 93/4.

2- راجع الرهوني 276/8 - 277 - إيضاح الأسرار المصونة ص 157.

3- انظر الزرقاني 196/8 - المغني 35/6.

4- راجع الفقه على المذاهب الأربعة 347/3.

له بنصيب الابن المعين الوارث على الخلاف السابق بين المالكية وغيرهم[1]. واختلف الحنفية فيما يستحقه: فقيل النصف موقوف على إجازة الورثة. وقيل الثلث، لأنه أوصى له بمثل نصيب وارث معلوم فيقدر بالثلث ابتداء[2]. إلا أنه يواخذ على هذا أنه تقدير لشيء لا يقتضيه لفظ الموصي ولا قصده.

القسم الرابع: الوصية بنصيب وارث غير معين أو بمثل نصيبه

المقصود بالوارث غير المعين هو الذي لا تعين جهة إرثه الخاصة التي يرث بها في الموصي، مثل الوصية بنصيب أحد ورثته، من غير تعيينه، فإن الورثة فيهم الوارث بالفرض، والوارث بالتعصيب، والورثة بالفرض تختلف فروضهم. وكذلك إذا أوصى له بنصيب أحد بنيه، أو بمثل نصيبه إذا كان للموصي ذكور وإناث على المعتمد. فإن أحد بنيه محتمل للذكر والانثى وقد اختلف في هذا القسم على أقوال.

الأول: لمالك وهو المعتمد أن للموصى له سهما من عدد الورثة. كانوا ذكورا، أو إناثا، أو مختلفين، بقطع النظر عما يرثه كل واحد، فإذا كان عدد الورثة خمسة. أعطي الخمس، وإن كانوا عشرة أعطي العشر. والباقي يقسم بين الورثة على فرائض الله كسائر الوصايا يبدأ بها على الميراث[3].

القول الثاني: أن للموصى له نصف نصيب الذكر، ونصف نصيب الأنثى.

القول الثالث: أنه يعطى نصيب رجل من ولده.

والقول الرابع: أنه يقدر زائدا على الورثة كالعول.

القول الخامس: أنه إذا كان أولاده إناثا ليس فيهم ذكر كان لهن الثلثان. ثم ينظر إلى عددهن فإن كن أربعا كان للموصى له ربع الثلثين. وإن كن ثلاثا أعطي ثلث الثلثين، وإن كانتا اثنتين أعطى نصف الثلثين، وإن كانت واحدة أعطي النصف، إن أجازه الورثة وإلا فالثلث.

1- المغني 36/6 - الزرقاني 196/8.

2- الفقه على المذاهب الأربعة 348/3 - الفقه الإسلامي وأدلته 107/8 - الفتاوي الهندية 99/6.

3- انظر المدونة 314/4 الزرقاني وبناني 196/8 الذخيرة 67/7 - 68 - المنتقى 173/6.

وقال الشافعية والحنفية والحنابلة: يعطى مثل نصيب أحدهم إذا تساووا في الميراث. وإن اختلفوا أعطي مثل أقلهم حظا، مزادا على الفريضة في الحالتين[1]. فإذا ترك ثلاثة أبناء، وأربع زوجات. أعطي ربع الثمن مزادا على الفريضة، فيأخذ واحدا من ثلاثة وثلاثين على هذا القول.

وقد أخذ القانون المغربي في الفصل 197 بمذهب مالك في الوصية بمثل نصيب أحد الورثة في حدود الثلث وسكت عن الوصية بنصيب أحد الورثة من غير تعيين. وعن الوصية بنصيب أو بمثل نصيب الوارث المعين. والمعدوم والمحجوب. ويفسر ذلك على أنه أخذ بالراجح في المذهب المالكي على التفصيل السابق.

بينما أخذ القانون المصري في مادتيه 40 ـ 41 برأي الفراض في الوصية بمثل نصيب وارث معين القائل: بإعطاء الموصى له نصيب الوارث المعين زائدا على الفريضة. وفي الوصية بنصيب وارث غير معين أو بمثل نصيبه يعطى نصيب أحدهم زائدا على الفريضة، إن كان الورثة متساوين في الميراث. وقدر أقلهم ميراثا زائدا على الفريضة إن كانوا متفاضلين.

الفرع الثالث: الوصية بالتنزيل

التنزيل عند المالكية هو أن ينزل الإنسان شخصا منزلة ولده، أو ابنته في ارثه منه ما يرثه ابنه، أو ابنته. وهي وصية صحيحة في حدود الثلث، كسائر الوصايا. ولا يشترط فيها أن يكون له ابن، أو ابنة حين التنزيل، ولا حين الموت. بخلاف الوصية بنصيب ابنه. أو بمثل نصيبه فإنه يشترط فيها وجوده على التفصيل السابق. وينعقد بما يدل عليه عرفا. مثل قوله: نزلت فلانا منزلة ابني، أو ألحقوه به. أو اجعلوه كأحد أولادي. أو من عددهم، أو ورثوه في مالي. أو نزلت ولد ابني منزلة أبيه الميت. أو بنت بنتي منزلة بنتي الميتة. وما أشبه ذلك مما يفيد هذا المعنى الذي هو تنزيل الموصى له منزلة ولد الميت، أو ابنته في ارثه فيه[2]. والحكم فيه أن الموصى له المنزل يعطى نصيب المنزل منزلته، ويقدر ابنا زائدا على الأبناء إن كان ذكرا، أو بنتا زائدة على البنات إن كان أنثى.

1ـ المغني 32/6 ـ الام 93/4.

2ـ انظر الزرقاني 196/8.

إلا أنه إذا كان الورثة عصبة كلهم، ليس معهم ذو فرض، فإن المنزل يعطى نصيب المنزل منزلته زائدا على الفريضة كالعول. كما لو ترك ثلاثة أبناء ونزل أخاه منزلة ابنه. فإن أصل الفريضة من ثلاثة لكل ابن واحد، فيعطى للأخ واحد، ويزاد على أصل الفريضة فتصح من أربعة، لكل ابن واحد، وللمنزل واحد.

وإن مات عن أربعة أبناء وثلاث بنات ونزل أخته منزلة ابنته، فإن اصل الفريضة بدون منزل أحد عشر، عدد رؤوس عصبتها. لكل ابن اثنان ولكل بنت واحد. فيعطى للأخت المنزلة واحد، يزاد على أحد عشر تصير اثني عشر ومنها تصح المسألة. وهكذا.

أما إذا كان هناك ذوو الفروض فإنه ينظر إلى قصد المنزل، إذا أمكن معرفته حين الإشهاد أو بعده. فإن كان مقصوده التسوية بين المنزل وبين من نزله منزلته، في قدر الميراث دون تفاضل، فإنه تصحح الفريضة بدون منزل، وينظر إلى نصيب المنزل منزلته، فيعطى مثله للمنزل، ويزاد على الفريضة كالعول[1]. كمن ماتت عن زوج، وابن، وبنت ونزلت أخاها منزلة ابنها، فإنه تصحح الفريضة بدون الأخ. فتصح من أربعة للزوج الربع واحد. تبقى ثلاثة للابن اثنان. وللبنت واحد. فيعطى للأخ المنزل اثنان يزادان على أربعة تصير ستة ومنها تصح. يأخذ المنزل اثنين، تبقى أربعة منقسمة على أصل الفريضة. للزوج واحد، وللابن اثنان، وللبنت واحد، هكذا.

6	2 + 4	
1	1	زوج
2	2	ابن
1	1	بنت
2	منزل منزلة الابن بالتساوي	

[1]- راجع إيضاح الأسرار المصونة ص 156 النوازل الصغرى 522/4 البهجة 285/2.

أما إذا لم يعلم مقصود المنزل فإنه يحمل على مطلق التشريك في الإرث، دون التسوية في مقداره. لأن الأصل براءة الذمة مما زاد على ذلك. ولأن الزائد مشكوك فيه والأموال لا تنتقل بالشك. وبناء على ذلك فإنه تصحح فريضة الميت بإدراج المنزل في الورثة ليعلم ما ينوبه معهم.

ثم تصحح في المرحلة الثانية فريضة الميت بدون المنزل، ويجعل المنزل موصى له بما نابه مع الورثة، وتصحح الفريضة بوصيتها في المرحلة الأخيرة.

فإذا ماتت امرأة عن زوج وابن وبنت. ونزلت أخاها منزلة ابنها، فإنك تصحح أولا الفريضة على اعتبار أن فيها زوجا وابنين وبنتا. أصل الفريضة أربعة. للزوج الربع واحد. تبقى ثلاثة منكسرة على خمسة عدد سهام العصبة، فتضرب أربعة في خمسة تخرج عشرون، للزوج واحد في خمسة خمسة. وللابن ستة. وللمنزل ستة. وللبنت ثلاثة هكذا

20	4/5	
5	1	زوج
6	3	منزل منزلة الابن
6		ابن
3		بنت

ثم تصحح الفريضة بدون منزل، وتجعل المنزل موصى له بستة من عشرين التي نابته في الفريضة مع الورثة. تعطيه ستة من عشرين، تبقى أربعة عشر، تقسمها على الفريضة، وبما أنها منكسرة على أربعة توافقها بالانصاف فإنك تضرب وفق الأولى في الثانية يخرج أربعون ومن له شيء ضرب له فيما فوقه هكذا

	2	7	
40	20	4	
7	14	1	زوج
-14		2	ابن
7		1	بنت
12	6	6	موصى له
		20	

وبذلك يكون نصيب المنزل أقل من نصيب الوارث الأصلي، الذي نزل الموصى له منزلته.

ثـم إذا كان المنزل واحدا فإنه يأخذ ما نابه في التنزيل في حدود الثلث. إلا أن يجـيز الورثـة الـزائد على ذلك إن كان، أما إذا كان المنزل أكثر من واحد كما لو نزل أبـناء ابـنه مـنزلة أبـيهم الميـت، فـإنهم يقسمون حصتهم قسمة الميراث. للذكر مثل حظ الأنثـيين[1]. عكـس الوصـية. فإنهـا تقسـم بالتسـاوي إلا بنص من الموصي على خلافه. فيعمل بشرطه كما سبق. وقد أخذ القانون المغربي بهذه الأحكام في فصوله 212 ـ 213 ـ 214 ـ 215.

الفـرع الرابع: الوصية بجزء مجهول غير مقدر، مثل الوصية بسهم من ماله، أو جزء منه، أو شيء، أو حظ، ونحو ذلك من الأجزاء المجهولة.

وقـد اخـتلف الفقهـاء فـيها اختلافا كثيرا، في صحتها وبطلانها، وفي مقدار ما يستحقه الموصى له على القول بصحتها. ففيما يتعلق بالوصية بالسهم هناك أقوال:

الأول: وهـو المعـتمد في مذهـب مـالك أن له سهما مما تصح منه فريضته. فإن كانت عائلة اعطي سهما من سهامها بعد عولها. وإن كانت منكسرة اعطي سهما من بعد تصـحيح وإزالـة انكسـارها، فإن كانت فريضته من أربعة وعشرين وعالت لسبع وعشرين اعطـي سهما من سبعة وعشرين، وإذا انكسرت سهامها وصححت من مائة وعشرين مثلا اعطى وواحدا من مائة وعشرين، على الراجح في الجميع[2].

القول الثاني: انها باطلة، لا شيء فيها، وهو قول عطاء وقتادة[3].

القـول الثالـث: ان للورثـة أن يعطـوه مـا شـاؤوا، وهـو قـول الشافعي، وبعض الحنفية[4].

1ـ انظر الرهوني 233/8 البهجة 285/2 النوازل الصغرى 522/4.

2ـ انظر الرهوني 278/8 وما بعدها.

3ـ المغني 30/6.

4ـ نفس المرجع وانظر الام 93/2 الفتاوي الهندية 98/6.

القول الرابع: أن له السدس، وهو رواية عن أحمد وقول بعض المالكية، وأبي حنيفة[1].

القول الخامس: أن له الثمن وهو قول أشهب[2].

القول السادس: أن له أقل سهم في فريضته، إلا أن يزيد على السدس فيعطى السدس فقط. وهو قول أبي حنيفة[3].

القول السابع: أن له أقل سهم ما لم يزد على الثلث، وهو قول أبي يوسف ومحمد صاحبي أبي حنيفة[4].

القول الثامن: أن له سهما من سهام الفريضة مزادا على الفريضة وهو رواية عن أحمد[5].

وقد احتج القائلون بإعطائه السدس بحجج[6].

1ـ حديث ابن مسعود أن رجلا اوصى لرجل بسهم من ماله فأعطاه النبي صلى الله عليه وسلم السدس.

2ـ أنه قول ابن مسعود وعلي رضي الله عنهما ولا يعلم لهما مخالف فكان ذلك إجماعا.

3ـ ان السهم في اللغة معناه السدس واللفظ محمول على معناه اللغوي حتى يرد ما يخالفه.

4ـ أن السدس أقل سهم مفروض يرثه ذو قرابة فينصرف إليه اللفظ عند الإطلاق. كما احتج من قال بإعطائه الثمن بأنه أقل سهم.

1ـ الرهوني 278/8 ـ البدائع 356/7.
2ـ الرهوني 278/8 ـ البدائع 356/7.
3ـ المغني 30/6.
4ـ نفس المرجع.
5ـ نفس المرجع.
6ـ انظر المغني 30/6 ـ البدائع 356/7.

أمـا القـائلون بإعطائـه سـهما ممـا انقسـمت علـيه فريضـته فـرأوا أنه المتبادر. والمقصود من طرف الموصي. واضعف هذه الأقوال القول ببطلانها، لمخالفتها عموم الأدلة القاضـية بصـحة الوصـية، ووجـوب تنفـيذها بالمعلوم والمجهول. ويليه في الضعف القول بتخـيير الورثـة في إعطائـه مـا شـاؤوا، لمـنافاته لمقتضى لفظ الموصي الموجب لاعطائه ما يسمى سهما لا ما يختاره الورثة.

وفـيما يـتعلق بالوصية بجزء، وشيء، وحظ، ونصيب فالمعتمد فيها عند المالكية انـه يجـب فـيها سـهم ممـا تصح منه فريضته مثل الوصية بسهم من ماله. وعند الشافعي يعطيه الورثة ما شاؤوا[1].

وأجرى بعضهم الخلاف السابق فيها أيضا. وقال ابن قدامة: لا خلاف أن للورثة أن يعطـوه مـا شـاؤوا هـنا، لأن كـل شـيء يصـدق علـيه أنـه شيء، وأنه جزء، وحظ، ونصيب[2].

المبحث الثالث:
في الوصية بالمنافع

يتـناول هـذا الموضـوع الحديـث عـن المقصـود بالمـنافع. ومشروعية الوصية بها. وأقسـامها. وكيفـية استيفائها. وتصرف الورثة في العين الموصى بمنفعتها. وبيع الموصى له حقـه في المـنفعة، ونفقـة العـين الموصـى بغلـتها مـدة الوصية. وموت الموصى له بها. وفي الوصية ببعض المنافع فقط. أو بمنفعة بعض المعين فقط. ونخصص له أربعة عشر مطلبا.

---

1 ـ الرهوني 239/8 ـ الام 93/2.
2 ـ المغني 30/6.

المطلب الأول:

في معنى المنافع ومشروعية الوصية بها

المقصود بالمنافع ما قابل الأعيان والرقاب. فيشمل ذلك المنافع المحضة. والغلة مثل الوصية بسكنى الدار، وركوب ما يركب، وثمار الأشجار، ونتاج الحيوان. وصوفه، ووبره، ولبنه. وحرث الأرض، وكراء ما يكرى من العروض والعقار. والحيوان، وغير ذلك.

وقد اتفقت المذاهب الأربعة وغيرها على مشروعية الوصية بالمنافع. كانت العين الموصى بمنفعتها مملوكة للموصي أم لا. كالخلو، والإجارة، والكراء قبل انقضاء أجلهما. كان الموصى له معينا كزيد، وعمرو، أو غير معين كالفقراء، والمساكين، والجامعات، والمستشفيات[1]. وبه أخذ القانون المغربي في الفصل 190 والسوري (217) والمصري (م11) ومنعها ابن أبي ليلى والظاهرية مطلقا. ومنع الحنفية الوصية بسكنى الدار، وركوب الدابة، وخدمة العبد لغير معين كالفقراء والمساكين، وأجازوا الوصية لهم بغلاتها بناء على الفرق بين الغلة والمنفعة، وحجة الجمهور[2].

1ـ عموم أدلة الوصية فإنها تشمل الأعيان والمنافع.

2ـ قياس المنافع على الأعيان بجامع صحة تمليك كل بالمعاوضة والإرث. وهو قياس أحروي. لأنه إذا جاز للموصي أن يوصي بعين من أعيان التركة، كدار وأرض، فإنه يجوز له أن يوصي بمنفعتها فقط من باب أولى وأحرى، لأن الوصية برقبة الدار مثلا إعطاء للعين والمنفعة. والوصية بالمنفعة إعطاء للمنفعة فقط. فجواز الاولى يستلزم جواز الثانية.

3ـ قياس الوصية بالمنافع على العرية بجامع أن كلا تمليك بدون عوض.

واحتج الظاهرية على منعها بأنها وصية بمال الوارث. لأن الموصى بمنفعته ينتقل ملكه للورثة بمجرد وفاة الموصي؛ فالمنافع المتجددة بعده ملك لهم. لأنها فوائد ملكهم.

1ـ انظر المغني 59/6 البدائع 335/2 المحلى 322/9 المنتقى 160/6 نهاية المحتاج 80/6 ـ 83.

2ـ الفتاوي الهندية 123/6 ـ البدائع 355/7 المنتقى 160/6.

(والخراج بالضمان)، كما جاء في الحديث. فإذا أوصى بها الموصي فقد أوصى بما لا يملك. فلا تصح وصيته.

والجواب عن هذا أن الأعيان الموصى بمنفعتها تنتقل للورثة مشغولة بالوصية، كما تنتقل العين المؤجرة مشغولة بالإجارة على مذهب الجمهور، القائلين باستمرار الإجارة. وعدم فسخها بالموت، واختلف الشافعية في الوصية بالربح مثل الوصية بدراهم يتجر فيها الوصي، ويتصدق بأرباحها، فأجازها بعضهم، ومنعها بعض آخر. ومنشأ الخلاف هل يعتبر الربح غلة. ومنفعة للدراهم، أم لا؟

فرآه بعضهم ليس غلة ولا منفعة. لأن الغلة والمنفعة تقتضي الانتفاع بالعين مع بقائها. كالدار والأرض، والدراهم الموصى بربحها تنفق عينها. فلا يسمى الربح منفعة. ولا تجوز الوصية به.

ومن رآه غلة قال بجوز الوصية بها وهو الأقرب، لأن بقاء المثل بمنزلة بقاء العين. ولجواز الوصية بإقراض العين. واعتباره من باب الوصية بالمنافع[1].

المطلب الثاني:

في شروط الوصية بالمنافع

يشترط في الوصية بالمنافع شروط.

الأول: أن تكون مباحة مثل سكنى الدار، وثمار الأشجار، فلا تصح الوصية بالمنافع المحرمة. ولا بمداخيلها. مثل الوصية بمنفعة الحانة، ودور الفسق، والأشرطة المحرمة سمعية، أو بصرية، ولا بمداخيلها.

الثاني: أن تكون قابلة للنقل فلا تصح الوصية بما لا يقبل النقل مثل الاستمتاع بالأمة، والانتفاع بالحبس والعارية.

الثالث: أن يحملها الثلث. وهو شرط متفق عليه بين الفقهاء، إلا أنهم اختلفوا في المعتبر خروجه من الثلث، هل هو العين الموصى بمنفعتها، أم منفعتها فقط؟

---

[1]ـ حواشي المنهاج 83/6.

فمذهب المالكية والحنفية أن المعتبر في ذلك قيمة العين الموصى بمنفعتها مطلقا، كانت الوصية مؤبدة، أو مؤقتة أو مطلقة[1]. فإذا كانت الوصية بسكنى الدار اعتبرت قيمة الدار، وإذا كانت بثمار البستان اعتبرت قيمة البستان. وهكذا، فإذا حمل الثلث العين الموصى بمنفعتها فالوصية لازمة، وإن كانت الغلة أكثر من الثلث.

وفرق الشافعية بين الوصية بمنفعة مؤبدة، أو مجهولة. وبين الوصية بها لمدة معلومة. فاعتبروا قيمة العين الموصى بمنفعتها إذا كانت المدة مجهولة، أو مؤبدة، واعتبروا قيمة المنفعة إذا كانت المدة معلومة. بأن تقوم العين بمنفعتها. ثم تقوم بدون منفعتها مدة الوصية. والفرق بين القيمتين هو الموصى به الذي يعتبر خروجه من الثلث[2].

فإذا كانت الوصية بسكنى الدار مدة عشر سنين، قومت الدار غير مشغولة بالوصية، يعني بمنفعتها كاملة. ثم تقوم وهي مشغولة بالوصية مدة عشر سنين، فإذا كانت قيمتها بمنفعتها مائة، وقيمتها بدون منفعة مدة الوصية تسعين. تكون الوصية بعشرة، إذا حملها الثلث لزمت. وإذا حمل نصفها لزمت الوصية في نصف المنفعة، وهكذا.

وفرق الحنابلة تفرقة أخرى، فقالوا في المدة المعلومة تقوم العين الموصى بمنفعتها، مسلوبة المنفعة مدة الوصية. ثم تقوم المنفعة مدة الوصية فينظر كم قيمتها؟ فإذا عرفت كانت هي الموصى بها. فيعتبر خروجها من الثلث، وإن كانت المدة مطلقة أو مؤبدة فلهم قولان:

الأول: أن تقوم العين بمنفعتها. ويعتبر خروجها من الثلث كقول الشافعية.

والثاني: أنها تقوم الرقبة على الورثة. والمنفعة على الموصى له. وصفة ذلك أن تقوم العين بمنفعتها. فإذا قيل: مائة قيل: كم قيمتها بلا منفعة. فإذا قيل عشرة، علم أن قيمة المنفعة تسعون[3].

وقد أخذ القانون المغربي بمذهب مالك. في اعتبار قيمة العين الموصى بمنفعتها دون تفصيل الفصل 208 أما القانون المصري (م62 ـ63) والسوري (م253) فقد وافقا

---

1 ـ المدونة 292/4 الذخيرة 87/7 البدائع 353/7.

2 ـ نهاية المحتاج 89/6.

3 ـ المغني 59/6 ـ 60.

المذهب المالكي والحنفي في اعتبار قيمة العين إذا كانت الوصية مطلقة أو مؤبدة، أو مقيدة بحياة الموصى له، أو مؤقتة بمدة تزيد على عشر سنين. وخالفاهما في المدة المحددة التي لا تزيد على عشر سنين. فأخذا بقول الشافعية والحنابلة باعتبار قيمة المنفعة.

وفي الوصية بحق من الحقوق كحق الشرب، وحق التعلي، والمرور فإن المنفعة تقدر بالفرق بين قيمة العين محملة بالحق، وبين قيمتها بدونه، والفرق بينهما هو الموصى به الذي يجب أن يحمله الثلث أو يجيزه الورثة، إذا زاد على الثلث. وقد برر التفريق بين المدة القصيرة وغيرها، بأن أمل عودة الموصى بمنفعته للورثة قريب التحقق إذا كانت المدة قصيرة، لا تتجاوز العشر سنين. بخلاف ما إذا كانت تزيد على ذلك، أو كانت مؤبدة، أو مطلقة فإن الأمل في رجوع الملك الموصى بمنفعته ضعيف، أو منعدم. ولذلك اعتبرت قيمته في هذه الحالات. واعتبرت قيمة المنفعة في المدة القصيرة[1]. والخلاصة أن هناك اتفاقا بين الفقهاء والقانون على صحة الوصية بالمنفعة. واشتراط أن لا تزيد الوصية على الثلث، وإن اختلفوا في المعتبر في الثلث. هل هو المنفعة أو العين الموصى بمنفعتها أو التفصيل في ذلك؟

فإذا زادت الوصية على الثلث لم تلزم اتفاقا لعموم حديث سعد: الثلث والثلث كثير[2]. إلا أنهم اختلفوا في الواجب في ذلك.

فقال الشافعية والحنابلة والحنفية تلزم الوصية فيما حمله الثلث. ويخير الورثة في الزائد. فإذا أوصى بسكنى داره فلم يحمل الثلث إلا نصفها كان للموصى له نصف المنفعة. وإن حمل ثلثها كان له ثلث المنفعة وهكذا[3]. وفرق المالكية في القول الصحيح عندهم بين الوصية لمعين، والوصية لغير معين.

فإذا كانت لمعين كزيد وعمرو فإن الورثة يخيرون، إما أن يعطوا الوصية كما هي، وإما أن يعطوا الموصى له ثلث الميت في جميع التركة. ومن كل نوع منها يعطونه ثلثه[4].

1- انظر الفقه الإسلامي وأدلته 87/8 ـ 88.

2- سبق تخريجه.

3- نهاية المحتاج 89/6 المغني 59/6 البدائع 353/7.

4- انظر الزرقاني وحواشيه 195/8 ـ الذخيرة 108/7 ـ 130 ـ المدونة 301/4.

وإن كانت الوصية لغير معين كالفقراء والمساكين، فإن الورثة يخيرون أيضا. لكن على وجه آخر. فإما أن يجيزوا الوصية، أو يعطوا الموصى لهم ثلث الميت في العين الموصى بمنفعتها.

فإذا كانت الوصية للفقراء بسكنى الدار، أو غلة الأرض، فالورثة بالخيار إما يعطوهم السكنى والغلة، وإما أن يعطوهم من الدار أو الأرض ما يساوي ثلث الميت[1].

وفرق أبو الحسن بين الحالتين بأنه إذا كانت الوصية بالمنفعة لمعين فإنه يرجى رجوع العين للورثة إذا هلك الموصى له. بخلاف الوصية لغير معين. فإنه لا أمل في رجوع العين إلى الورثة، فالوصية بها بمنزلة الوصية بالعين نفسها.

وهو فرق انتقده الرهوني بعدم ظهوره إذا كانت الوصية مدة حياة الموصى له[2].

وهو انتقاد غير ظاهر، والفرق وجيه وظاهر حتى في الوصية مدة حياة الموصى له، لأنه في هذه الحالة يرجى رجوع العين الموصى بمنفعتها للورثة. لأن الموصى له ميت لا محالة، وإن طالت حياته، فتعود العين للورثة أو ورثتهم. بخلاف الوصية للمساكين، فإن المساكين لا ينقطعون على مر الزمان. فالوصية لهم بالمنفعة بمنزلة الوصية بالرقبة.

وفرق بعض شراح خليل بين الوصية المؤقتة بوقت معلوم، وبين غيرها، وبين الموصى له بعين، وغير المعين وقسمها إلى أقسام أربعة[3].

أ ـ الوصية لمعين والمدة معينة مثل الوصية بسكنى داره لخالته عشر سنين. فإن الورثة يخيرون في إجازة الوصية، أو إعطاء الموصى له ثلث التركة من كل شيء، من المال الحاضر والغائب، عرضا، أو عينا، أو غيرهما.

ب ـ الوصية لمعين والمدة غير معينة، مثل الوصية بغلة بستانه، أو عمارته لخاله مدة حياته، فإن الموصى له يعطى ثلث التركة من غير تخيير للورثة في ذلك.

ج ـ الوصية لغير معين والمدة غير معينة، مثل الوصية بغلة أرضه للفقراء. فإنه يجعل للموصى له ثلث من غير تخيير للورثة أيضا.

1ـ نفس المرجع.

2ـ انظر الرهوني 274/8.

3ـ انظر حاشية العدوي على الخرشي 450/5 ـ 451.

د ـ وأخيرا الوصية لغير معين والمدة معينة، فإن الورثة يخيرون. إما أن يجيزوا الوصية أو يقطعوا له الثلث بتلافي الشيء الموصى بمنفعته.

وأضاف أنه إذا كانت الوصية بمنفعة عين غير معينة مثل الوصية له بسكنى دار من دوره، أو بحرث أرض من أراضيه، أو غلة شجرة من أشجاره، أو خدمة عبد من عبيده، فإن الورثة يخيرون في إمضاء ذلك أو إعطاء الموصى له محمل الثلث من الموصى بمنفعته.

إلا أن الراجح في المذهب هو ما سبق من الفرق بين الموصى له المعين، وغير المعين، بقطع النظر عن كون المدة معينة، أو غير معينة. وإن كان تعليل الفرق بين الوصية لمعين، وغير معين الذي ذكره أبو الحسن يقتضي أن الوصية لغير معين إذا كانت لمدة محددة معينة مثل الوصية لمعين. لأنه في الحالتين الأمل في رجوع الموصى بمنفعته للورثة محقق الوقوع. عند نهاية المدة المعينة، أو وفاة الموصى له المعين. بخلاف الوصية لغير معين. والمدة غير معينة فإنه لا أمل في رجوعه.

المطلب الثالث:

في أقسام الوصية بالمنافع

تتنوع الوصية بالمنافع باعتبار مدتها إلى أربعة أقسام[1].

أ ـ مؤقتة بوقت محدد، كسنة أو عشرين سنة.

ب ـ مؤقتة بحياة الموصى له. أو حياة شخص آخر، مثل الوصية بسكنى داره لخالته مدة حياتها. أو بغلة لزوج ابنته ما دامت زوجة له. والوصية بغلة أرضه لبنت أخيه حتى تتزوج أو تجد عملا مثلا.

ج ـ مؤبدة مثل الوصية بغلة أرضه للمسجد أو الفقراء أبدا.

د ـ مطلقة وهي محمولة عند الشافعية على التأبيد. حملا للفظ على فرده الكامل. وقال الحنفية هي محمولة على حياة الموصى له. وعند المالكية فيها تفصيل. فإن

---

[1] ـ راجع الرهوني 275/8 ـ نهاية المحتاج 83/6 الفتاوي الهندية 123/6 ـ الذخيرة 47/7 البدائع 352/7 ـ 353.

كان الموصى بمنفعته غير عبد. مثل أصول وعروض فهي محمولة على حياة الموصى له. وإن كانت بمنفعة الرقيق فقولان. فابن القاسم يحملها على حياة الموصى له. وأشهب يحملها على حياة الموصى به كأنها وصية برقبته.

المطلب الرابع:

في مبدأ الاستفادة من المنفعة

يختلف مبدأ وقت الاستفادة أو سريان مفعول الوصية بالمنفعة باختلاف مدة الوصية من كونها محددة أو غير محددة.

ففي الوصية المؤبدة، والمؤقتة بحياة الموصى له، والمطلقة يستحق الموصى له المنفعة من وقت وفاة الموصي، لأنه وقت لزوم الوصية. إلا أن يعين الموصي وقتا معينا لبدء العمل بالوصية فيعمل بتعيينه. مثل الوصية لعمته بسكنى داره إذا تأيمت، أو انهدمت دارها. والوصية بغلة أرضه لابن عمه إذا تزوج، أو إذا فصل من عمله، أو إذا بلغ الستين من عمره، أو بعد عشرين سنة من وفاته، ونحو ذلك ففي هذه الحالات لا حق للموصى له في المنفعة قبل تحقق شرط الموصي، وقوفا مع لفظ الوصية، وأخذا بحديث (المسلمون عند شروطهم)[1].

وتبقى العين الموصى بمنفعتها بيد الورثة ينتفعون بها حتى ياتي الاجل المضروب. ويتحقق الشرط فتسلم للموصى له للانتفاع بها ولو بعد طول.

وشرط القانون المصري أن لا يمضي على وفاة الموصي ثلاث وثلاثون سنة قبل تحقق الشرط. فإن مضى ذلك قبل وجوده بطلت الوصية. المادة 61 التي تقول: إذا كانت الوصية بالمنفعة لمعين مؤبدة أو لمدة حياته، أو مطلقة استحق الموصى له المنفعة مدة حياته، بشرط أن ينشأ استحقاقه للمنفعة في مدى ثلاث وثلاثين سنة من وفاة الموصي.

---

[1] ـ سبق تخريجه.

وهو شرط مخالف للفقه، ولا سند له، ويرده حديث (لا يبطل حق امرئ مسلم وإن قدم) [1] وحديث (المسلمون على شروطهم)، وقوله تعالى: ﴿**فمن بدله بعدما سمعه فإنما إثمه على الذين يُبَدلونه**﴾[2].

وبرر بعضهم اشتراط هذا الشرط بأنه جار على مذهب ابن أبي ليلى القائل ببطلان الوصية بالمنافع. وهو تبرير لا يصح، بناء على الصحيح عند الأصوليين من منع احداث قول ثالث. لان الجمهور يجيزون الوصية بالمنافع مطلقا. وابن أبي ليلى يقول بمنعها مطلقا. فالقول بجوازها إذا لم يمض على وفاة الموصي ثلاث وثلاثون سنة قبل استحقاقها. والمنع إذا مضى على ذلك ثلاث وثلاثون سنة قبل أن ينشأ استحقاقه المنفعة لا يوافق أي واحد من القولين. واحداث لقول ثالث يخالفهما معا، وهو خرق لاجماع القولين.

وبالنسبة للمدة المحددة بعدد من السنوات كسنة أو عشر سنوات هناك حالتان.

الحالة الأولى: أن تكون المدة معلومة معينة الوقت والتاريخ كسنة الفين أو سنة ميلاده العشرين مثلا ، وفي هذه الحالة تختص الوصية بالسنة المعينة. فإن مات الموصي بعد انصرامها بطلت الوصية، لتعذر تنفيذها بفوات وقتها. وإن مات بعد مضي بعضها بطلت فيما مضى، واستحق منفعة المدة الباقية، وإن مات قبل وصولها انتظر وصولها حتى تأتي بعينها. لأنها بمنزلة الواجب المؤقت بوقت. فلا يتقدم عليه، لاحتمال هلاك الموصى بمنفعته قبل الوقت فلا يستحق الموصى له شيئا، أو وفاة الموصى له فلا تورث عنه عند القائلين بعدم ميراثها[3].

الحالة الثانية: أن تكون المدة المحددة غير معينة الوقت والتاريخ. مثل الوصية له بغلة أرضه، أو داره سنة، أو عشرين سنة، دون تعيين السنة أو العشرين سنة متى تبتدئ.

وقد اختلف في هذه فقال المالكية تحمل على السنة الأولى المتصلة بموت الموصي، لأنه وقت لزوم الوصية. والظاهر من لفظ الموصي وقصده، والموافق لقاعدة تقديم الوصية

1- أورده في المعيار. 261/10.

2- من الآية 281 البقرة.

3- انظر الفتاوي الهندية 123/6 البدائع 353/7..

على الإرث، وللقول بفورية التنفيذ. ودلالة الأمر على الفور، وقال الحنفية تبدأ من وقت القسمة[1].

وفرق الشافعية بين الوصية بالمنفعة، والخدمة والثمار. وقالوا بحملها على السنة الأولى، إذا كانت الوصية بالمنفعة، أما إذا كانت الوصية بالخدمة أو الثمار فإن الخيار للوارث في تعيينها[2].

وإذا كان الموصى له غائبا فإن المدة تبدأ من تاريخ تمكنه من الانتفاع بالموصى بمنفعته عند المالكية، وبه أفتى ابن لبابة فيمن أوصى بخدمة غلامه لولده خمس سنوات. والولد بالأندلس، والموصي بالمشرق فقال: لا تكون الخدمة إلا من تاريخ بلوغ الغلام إلى الولد. ومن يومئذ تحسب الخمسة أعوام[3].

المطلب الخامس:

في كيفية استيفاء المنفعة الموصى بها

اتفق الفقهاء على أنه يجوز للموصى له الانتفاع بالموصى بمنفعته على الوجه الذي نص عليه الموصي، بأن يسكن ما ـوصى له بسكناه، ويركب ما أوصى له بركوبه. ويستغل ما أوصى له بغلته لاذن الموصي في ذلك. واختلف هل تجوز مخالفة لفظ الموصي في ذلك. فقال الحنفية في الأصح عندهم لا تجوز. فإذا كانت الوصية بالسكنى لا يجوز له الاستغلال. وإذا كانت الوصية بالاستغلال، فلا يجوز الانتفاع. فلا يسكن الدار الموصى له بغلتها. ولا يركب الدابة والسيارة الموصى له بغلتها. وهكذا على خلاف بينهم والراجح عندهم الجواز[4].

1ـ انظر الفتاوي الهندية 123/6 الذخيرة 88/7 الفقه الإسلامي وأدلته 91/8.
2ـ نهاية المحتاج وحواشيه 87/6.
3ـ المعيار 256/9 ـ وانظر المدونة 294.
4ـ الفتاوي الهندية 123/6 الفقه الإسلامي وأدلته 88/8.

وقال المالكية والحنابلة يجوز للموصى له استيفاء المنفعة بما يراه مصلحة له، يستغل ما أوصى له بمنفعته. أو ينتفع بما وصي له بغلته، ولا حرج عليه في شيء من ذلك[1].

وفرق الشافعية فأجازوا للموصى له الانتفاع بنفسه، والإعارة والإجارة في الوصية المؤبدة، والمطلقة عند قيام قرينة تدل على أن المراد بالمنفعة مطلق المنفعة. ومنعوه من الإعارة والإجارة في الوصية المؤقتة بحياته على الأصح عندهم[2]. وسبب الخلاف أمور أربعة.

1ـ هل الوصية تقتضي تمليك المنفعة، أو تمليك الانتفاع؟ فمن رآها تفيد تمليك المنفعة قال: يجوز للموصى له الانتفاع بنفسه أو بغيره. بعوض وبدونه. ومن رآها تفيد مجرد الإباحة والانتفاع قال: ليس له تمليكها لغيره بعوض، ولا دونه.

2ـ هل العبرة في الوصايا باللفظ أو بالقصد؟ فمن راعى لفظ الوصية قال: ليس له مخالفة ما نص عليه الموصي، فلا يستغل ما أوصى بسكناه، ولا يسكن ما أوصى باستغلاله. وقوفا مع لفظ الموصي، ولما في ذلك من تغيير الوصية وتبديلها المحرمين بالكتاب. ومن راعى القصد قال: بجواز المخالفة لأن مقصود الموصي نفع الموصى له بالوصية. وهو أعرف بمصالحه، فقد تكون مصلحته في كراء ما وصي له بسكناه، أو سكنى ما وصي له بغلته. ولو علم بذلك الموصي لما خالفه.

3ـ العمل بمفهوم المخالفة وعدمه، فمن عمل به لم يجز مخالفة لفظ الوصية، ومن لا يقول بحجية مفهوم المخالفة يجيز له مخالفة لفظ الموصي، إلا أن هذا لا يساير مذهب أكثر الحنفية القائلين بعدم حجية مفهوم المخالفة. فإنهم يقولون بمنع المخالفة هنا، وإن لم يكن مفهوم المخالفة حجة عندهم. ولذلك علل بعضهم المنع بعلة أخرى[3]. وهي السبب الرابع. حيث وجهوا المنع من سكنى ما وصي بغلته بأنه قد يظهر دين على الموصي الميت. فإذا سمح للموصى له بسكنى ما وصي له بغلته، لا يوجد ما يؤدى منه الدين الطارئ،

1ـ راجع المدونة 311/4 ـ المنتقى 160/6 ـ المغني 60/6

2ـ انظر نهاية المحتاج 83/6.

3ـ الفتاوي البزازية 504/3.

بخلاف ما لو اكريت، فإنه إذا ظهر دين يرجع في كرائها، ويقضى الدين منه. لأنه مقدم على الوصية. إلا أن هذا توجيه ضعيف من وجهين[1].

ـ أنه احتمال موهوم لا يمنع من تنفيذ الوصية. أخذا بقاعدة الشك في المانع لا أثر له في منع الحكم.

ـ لو أخذ بهذا الاحتمال لوجب توقيف تنفيذ الوصايا كلها، لوجود هذا الاحتمال. وهو خلاف ما اطبق عليه الفقهاء من وجوب تنفيذ الوصايا من غير التفات لاحتمال وجود دين على الموصي. لأنه خلاف الأصل. ولأن الأصل براءة الذمة، وبقاء ما كان على ما كان.

ومحل الخلاف مشروط بشرطين[2].

الأول: إذا لم يشترط الموصي صراحة سكنى الموصى له بنفسه، أو علم قصده ذلك. وإلا لم يجز مخالفة شرطه ولا قصده. لحديث (المسلمون عند شروطهم) [3]. وحديث (إنما الأعمال بالنيات) [4].

وكذلك إذا شرط الاستغلال وعدم استعمال الموصى له للموصى بمنفعته، فإنه يعمل بشرطه أيضا.

الثاني: أن لا يكون في مخالفة لفظ الوصية ضرر على الموصى بمنفعته، وإلا منع من ذلك. لعموم حديث (لا ضرر ولا ضرار) [5].

وقد أخذ القانون المصري في مادته 54 بمذهب الجمهور القائل بجواز مخالفة لفظ الوصية في استغلال الموصى بمنفعته، والعكس إذا لم يكن في ذلك ضرر على العين الموصى بمنفعتها، وسكت القانون المغربي عن هذا.

1ـ نفس المرجع.
2ـ انظر المعيار 286/7 ـ 483 المنتقى 160/6.
3ـ سبق تخريجه.
4ـ سبق تخريجه.
5ـ سبق تخريجه.

ب ـ المنفعة المشتركة

وبالنسبة للمنفعة المشتركة بين الموصى لهم في حال تعددهم. أو بينهم وبين الورثة في حالة الوصية ببعض المنفعة. أو منفعة بعض العين. فإن هناك وجوها لاستيفائها في مذهب مالك:

1ـ الانتفاع المشترك، أو الاستغلال المشترك بأن يسكنوا الدار جميعا، أو يحرثوا الأرض كذلك، أو يكروهما ويقتسموا الكراء مثلا. وإذا كنت الوصية بثمار الأشجار، يقسمون الثمار بعد قطفها أو يبيعونها بعد بدو صلاحها ويقتسمون الثمن وهكذا.

2ـ اقتسام المنافع على طريق المهايأة المكانية، بأن تقسم العين الموصى بمنفعتها إذا كانت تقبل القسمة دون ضرر. كأرض يحرث أحدهما جزءا، ويحرث الآخر الجزء الآخر. أو دار يسكن أحدهما بيتا. والآخر بيتا. أو أحدهما الأسفل، والآخر الأعلى. سواء تساوت الحصص، أو اختلفت، سواء اتفقا على أن يتبادلا ما بيد كل واحد منهما بعد مدة أم لا. بشرط تحديد مدة الانتفاع. طالت أو قصرت، فإن لم تحدد مدة الانتفاع لم تجز، للجهل بالمدة. وقال ابن الحاجب تصح ولا تلزم. ولكل منهما الرجوع متى شاء، لخلاف ما لو حددت المدة. فإنها تلزم ولا رجوع لأحدهما قبل تمام المدة، كالإجارة[1].

3ـ المهايأة الزمانية بأن ينتفع أحد الشركاء بالعين مدة، ثم يسلمها للآخر ينتفع بها مدة أخرى، مثل الأولى، أو أقل أو أكثر، ولا يشترط قسمتها بقدر الحصص. لأنها معاوضة يجوز فيها التفاضل. وإنما يشترط في ذلك أربعة شروط[2].

أ ـ رضاهما بالقسمة. فإن أبى أحدهما لم يجبر عليها. لعموم قوله تعالى: ﴿**إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم**﴾[3]. والقسمة بيع يشترط فيها ما يشترط فيه من الرضا وغيره.

1ـ انظر الدسوقي 447/3 النوازل الصغرى 27/4.

2ـ نفس المرجع وانظر النوازل الصغرى 27/4.

3ـ من الآية 29 النساء.

ب ـ أن تكون المدة معلومة المقدار كسنة أو شهر، وإلا منعت، للجهل والغرر.

ج ـ أن لا تزيد المدة في الحيوان على شهر، وإلا منعت، لما يلزم على ذلك من كراء معين يتأخر قبضه أكثر من شهر، وهو لا يجوز في الحيوان لسرعة تغيره. بخلاف الدور والأرض المامونة الري. فإنه يجوز فيهما أن تكون المدة سنين. بحيث يسكن أحدهما الدار سنة، أو عشر سنوات، ثم يسكنها الآخر مثل ذلك، أو أقل، أو أكثر. ومثل ذلك في الأرض المامونة الري.

والفرق أن العقار مامون بخلاف الحيوان، فإنه يخشى عليه التلف في المدة الطويلة. فيدخله الغرر. ولذلك لا تجوز المهايأة الزمانية في الأرض غير المامونة الري، لاحتمال أن تسقى في مدة أحدهما، دون الآخر.

د ـ أن تكون المنفعة المقسومة منافع محضة. مثل السكنى والركوب، والخدمة، واللبس، والاستعمال.

وأما الغلة ففيها تفصيل، فإن كانت ثمار أشجار وبستان. أو كراء غير منضبط، كمداخيل المقاهي والسفن، والفنادق، فإنه لا يجوز قسمتها مهايأة مطلقا، فلا يجوز أن يأخذ أحدهما ثمار هذه السنة. ويأخذ الآخر ثمار السنة التي بعدها. أو يأخذ أحدهما مداخيل هذا الشهر، ويأخذ الآخر مداخيل وأكرية الشهر القادم، لما في ذلك من الربا والجهل، والغرر، وبيع الثمر قبل وجوده. إذا كان المقسوم ثمر الأشجار. أو الجهل والغرر، إذا كان المقسوم الاكرية، والإيرادات غير المنضبطة.

فإذا كانت منضبطة جاز اقتسام الأكرية بأن يأخذ أحدهما كراء شهر، ويأخذ الآخر كراء الشهر الموالي له. إلا أنه يلاحظ في الأكرية المنضبطة أنه يجب أن يأخذ أحدهما قدر نصيبه. فإن اقتسما على أن يأخذ أحدهما اكثر من نصيبه كأن يأخذ أحدهما كراء شهر. ليأخذ الآخر كراء شهرين بعده لم يجز ذلك. لما يلزم على ذلك من سلف جر نفعا. لأن المتأخر في القبض يعتبر مسلفا حصته لشريكه الذي قدمه في القبض. فإذا كان يأخذ أكثر من حصته فإن الزائد عليها يعتبر فائدة ربوية أخذها مقابل إسلافه حصته لشريكه.

ولهذا إذا كان الأول يأخذ أكثر من حصته. ويأخذ الثاني أقل كأن يأخذ الأول كراء ثلاثة أشهر، ليأخذ الآخر كراء شهرين بعده لم يمنع ذلك. لأن الثاني أحسن إلى الأول مرتين. فآثره حين قدمه في الاقتضاء. وحين سمح له بأخذ أكثر من نصيبه. وهذا بخلاف المنفعة المحضة كالسكنى. فإنه يجوز فيها التفاوت، لأنها معاوضة لا يشترط فيها التماثل بين العوضين. بخلاف القرض فإنه يشترط فيه المماثلة في القدر، وتحرم الزيادة عليه لرب القرض، وفي حالة اختلاف الشركاء في كيفية استيفاء المنفعة فإن القاضي يكري ما يجوز كراؤه. ويقسم بينهم الغلة. ولا يجبرهم على المهايأة بقسميها الزمانية والمكانية. لأنها معاوضة يشترط فيها التراضي. كما لا يجاب من دعا إلى تعطيل المنفعة بإغلاق الدار ونحوها. ويجاب من دعا إلى المزايدة في كرائها[1].

المطلب السادس :

في بيع المنفعة الموصى بها

اختلف الفقهاء في حق الموصى له في بيع ماله من المنفعة، وإسقاط حقه فيها جملة، مقابل عوض يأخذه[2]. فقال المالكية يجوز بيع ذلك للورثة دون الأجنبي. سواء كانت الوصية بالسكنى أو الخدمة. أو الغلة أو الثمار، قياسا على العمرى، وعلى العرية. فإن يجوز بيعهما للمعمر، والمعري، وورثتهما. خلافا لسحنون في منعه ذلك، إلا لضرورة.

والفرق بين الورثة والأجنبي أن شراء الورثة منافع الموصى بمنفعته مقصود به تخليص العين الموصى بمنفعتها، وتحريرها من الوصية، فهو بمنزلة فداء العبد الجاني، بخلاف شراء الأجنبي، فإن المقصود منه أصالة هو المنفعة، ولا غرض له بالمعين. ولذلك يشترط فيه ما يشترط في البيع والشراء. فلا يجوز هنا. لما يلزم على ذلك من شراء المعدوم. وبيع الثمار قبل بدو صلاحها، أو قبل وجودها. إذا كانت الوصية بغلة الأشجار. وبيع ما في بطون الحيوان في الوصية بنتاج الحيوان، ولما في ذلك من الغرر والجهل.

1- راجع مواهب الخلاق على الزقاق 269/1 ـ 270 ـ النوازل الصغرى 34/4 ـ 32.

2- المدونة 311/4 ـ الذخيرة 128/7 ـ 130 المنهاج وحواشيه 88/6 ـ الفتاوي الهندية 123/6 ـ 328 البدائع 393/7.

وأجازوا للوارث شراء قدر حصته من الوصية، واختلفوا في شرائه الجميع. فأجازه بعضهم، قياسا على شراء الورثة، ومنعه بعض آخر، لأنه أجنبي في حق شركائه.

وإن كانت الوصية مؤقتة كسنة مثلا. فقال ابن القاسم لا يجوز للورثة شراء الثمرة قبل طيبها لأنه لا عذر لهم، لتمكنهم من بيع الأصول. فلا يرخص لهم في شراء ما لم يبد صلاحه. وأجاز ذلك غيره.

وقال الحنفية يجوز بيعها للورثة دون غيرهم، وسموا ذلك صلحا، سواء كانت الوصية بالمنفعة، أو الغلة. أو الخدمة، أو السكنى، وقاسوه على الخلع، والطلاق على مال، بجامع أن كلا إسقاط حق مقابل مال، فاغتفر فيه الغرر. وقال أبو يوسف لا يجوز بيعها للوارث، لأنه حق لا يورث. ولأنه حق غير مالي، ولا ثمن له، والبيع من شروطه وروده على ماله ثمن، ومالية، وللشافعية قولان: أحدهما الجواز للوارث وغيره. والثاني المنع للوارث وغيره.

المطلب السابع:

في فوات المنفعة الموصى بها

سبق أن الموصى له يستحق الانتفاع بالعين الموصى له بمنفعتها، ابتداء من تاريخ وفاة الموصي في الوصية المطلقة. ومن تاريخ حلول الأجل في الوصية المؤقتة بوقت معين.

فإن حال بين الموصى له وبين استيفاء المنفعة مانع حتى مضت المدة، أو بعضها، فهناك تفصيل، فقد يكون المانع راجعا إلى الموصي، أو إلى الورثة كلهم، أو بعضهم، أو إلى الموصى له نفسه، فالأحوال أربعة.

الأولى: أن يكون المانع راجعا للموصي، كما لو أكرى الموصى بمنفعته في حياته قبل موته. ومات وهو مكرى، وقد اختلف في هذه الحالة، فقال الشافعية تبطل الوصية في المدة الكرائية، لتعلق حق الموصى له بالمنفعة بمدة فوتها الموصي بكرائها في حياته، فكان ذلك بمنزلة الرجوع[1].

---

[1]- نهاية المحتاج وحواشيه 87/6.

وقال المالكية إن كان الكراء نسيئة فالكراء للموصى له بالمنفعة. وإن كان بنقد قبضه الموصي في حياته فلا حق للموصى له في كراء المدة المعينة[1].

الحالة الثانية: أن يكون المانع من الورثة كلهم. منعوه من تسلم العين الموصى بمنفعتها. أو استغلوها لحسابهم. ومذهب المالكية، والشافعية، والحنفية في هذه أنه يلزم غرم ما فوتوه على الموصى له من المنفعة، يغرمون له قيمتها، لأنها من المقومات التي تضمن بالقيمة، لا بالمثل.

الحالة الثالثة: أن يكون المانع راجعا إلى بعض الورثة فقط. والواجب فيها ضمان قيمة المنفعة. وإلزام الوارث الذي فوتها بغرم قيمة المنفعة.

الحالة الرابعة: أن يكون المانع راجعا لعذر منع الموصى له من الاستيفاء حتى مضت المدة، أو بعضها، بسبب مرض الموصى له، أو غيبته، أو حبسه، ومذهب الشافعية والحنفية بطلان الوصية. وسقوط حق الموصى له بفوات مدة الوصية[2]. ولا يستحق بدلها. وقال المالكية: الحاكم يقوم مقام الموصى له في حال عذره. فيكري له العين الموصى له بمنفعتها، ويحفظ له الكراء إذا كان غائبا. أو يكتب له ليقدم بنفسه[3].

وفرق اللخمي في الغيبة بين علم الموصي بغيبة الموصى له، وبين اعتقاد حضوره. ففي حالة اعتقاد حضوره تبتدئ من وقت الموت. ويجري فيها قيام الحاكم مقامه. وفي حالة العلم بغيابه فإن المدة تبدأ من وقت وصوله، أو وصول الموصى بخدمته له[4].

وقد خالف القانون المصري (م51) هذه الأحكام، وأعطى للموصى له مدة أخرى في هذه الحالة، وفي الحالة التي يكون فيها المانع من قبل الموصي نفسه.

وفي الحالة التي يكون فيها المانع من الورثة كلهم جعل للموصى له الخيار، بين الرجوع عليهم بالقيمة، أو الانتفاع بمدة مثل المدة التي منعوه منها جبرا عليهم.

1ـ انظر الذخيرة 128/7.
2ـ انظر نهاية المحتاج وحواشيه 87/6 الفتاوي البزازية 504/3.
3ـ انظر الذخيرة 88/7.
4ـ الذخيرة 88/7 ـ 89.

وفي الحالة التي يكون المانع من بعض الورثة فقط جعل للموصى له الحق في الرجوع ببدل المنفعة، إلا أن يرضى الورثة بتعويضه، بمدة أخرى، فيجوز ذلك ويجبر على قبوله، ويؤاخذ على هذا التوجه مخالفته للفقه.

1ـ في إعطاء مدة أخرى إذا كان المانع لعذر يرجع للموصى له. فإن هذا يخالف قاعدة الواجب المؤقت إذا خرج وقته فإنه لا يجب قضاؤه إلا بأمر جديد، وهو غير موجود، بالإضافة إلى أن إعطاء مدة جديدة يتضمن أخذ حق الورثة بغير رضاهم.

2ـ إجبار الورثة على تعويض الموصى له بمدة أخرى، إذا اختار ذلك في حال منعهم له من المنفعة يخالف الفقه من وجوه.

مبدأ إجبارهم على المعاوضة مخالف لقاعدة التراضي في العقود. فإنه شرط فيها ولا يجبر أحد عليها.

ـ كما أنه مخالف لقاعدة ضمان المتلفات. فإنها تضمن بالقيمة إن كان مقومة. والمنافع من المقومات كما نص على ذلك المالكية في مسألة منع المكري المكتري من الاستغلال، أول مدة الكراء وفي مسألة الأجير إذا هرب بعض المدة.

ـ يلزم عليه فسخ الدين في الدين، لأن الموصى له يترتب له في ذمة الورثة قيمة المنفعة التي فوتوها عليه بمجرد تفويتها، فإذا ألزمهم بتمكينه من مدة أخرى بدل القيمة الواجبة له يكون فسخ دينه الذي عليهم في المنفعة التي يتقاضاها مستقبلا، وذلك لا يجوز، لحديث النهي عن الكالئ بالكالئ بناء على أن قبض الأوائل ليس قبضا للأواخر.

3ـ جعل الخيار للورثة في تعويض الموصى له بمدة أخرى في حالة المنع من بعض الورثة يلزم عليه نفس المحظورات السابقة من الجبر على المعاوضة، وضمان المقومات بمثلها، وفسخ الدين في الدين.

المطلب الثامن:

في نفقة العين الموصى بمنفعتها

اختلف الفقهاء في نفقة العين الموصى بمنفعتها مدة الوصية. فقال الحنفية بوجوبها على الموصى له مطلقا. سواء كانت الوصية مؤقتة أم مؤبدة، كان الموصى بمنفعته حيوانا، أو غيره، ما دامت العين صالحة للانتفاع بها، كانت لها غلة بالفعل، أم لا. فإذا كانت الوصية بغلة أشجار، أو منافع حيوان، أو سفن، فلم تعل الأشجار. ولم ينتفع بالحيوان والسفن فإن النفقة تجب على الموصى له.

وإذا أهمل القيام بواجبه فأنفق الورثة، أو الموصى له بالرقبة، خوفا من ضياع العين فإنه يرجع بما انفق في غلة العين الموصى بمنفعتها، يستوفيها منها أولا.

وإن كانت العين الموصى بمنفعتها لا منفعة لها، فإنها تجب على مالكها، كما لو أوصى بغلة أشجار صغيرة، لم تبلغ سن الإطعام، أو بخدمة صغير لا يقدر على الخدمة. فإن النفقة تكون على المالك قبل الإطعام، والقدرة على الخدمة. فإذا أطعم كانت الغلة للموصى له، والنفقة عليه[1].

وفرق الشافعية بين نفقة الحيوان وغيره. فأوجبوا نفقة الحيوان على المالك، وهو الورثة، أو الموصى له بالرقبة، اتفاقا في الوصية المؤقتة، وعلى الأصح عندهم في الوصية المؤبدة. بخلاف نفقة الشجر، فإنها لا تجب على أحد عندهم. ولا يجبر عليه من أباها، وإن أراد أحدهما سقيه وخدمته، فلا حق للآخر في منعه. إذا لم يضر بحقه. وإن تراضيا على شيء فهما على ما تراضيا عليه[2].

ووافق الحنابلة الشافعية على عدم لزوم نفقة الشجر لاحد، واختلفوا في نفقة الحيوان على ثلاثة أقوال، الأول لزومها للمالك. والثاني لزومها للموصى له. والثالث وجوبها في غلة الموصى بغلته. بأن ينفق عليه من غلته. وهذا راجع للقول الثاني[3]. وقريب من قول الحنفية. لأنهم يقولون بالرجوع في الغلة إذا أهمل الموصى له الإنفاق.

1- انظر الفتاوي الهندية 126/6 ـ 127 البدائع 355/7.

2- نهاية المحتاج 86/6 ـ 87 الأشباه والنظائر للسيوطي 196.

3- المغني 60/6 ـ 61.

وأنفق الوارث من ماله. ولو كانت النفقة واجبة على الموصى له أصالة في ماله لوجب الرجوع عليه، كانت الغلة أو لم تكن.

وللمالكية ثلاثة أقوال في نفقة الموصى بخدمته: وجوبها على المالك. وعلى الموصى له. وعلى المخدم في خدمته. وهي الأقوال التي عند الحنابلة[1].

حجج القول بوجوبها على المالك[2].

1ـ أن النفقة تابعة للملك، كما يدل على ذلك حديث (للمملوك طعامه وكسوته ولا يكلف من العمل ما لا يطيق) لأن تعليق الحكم بالمشتق يوذن بعلية ما منه الاشتقاق. وإذا كانت علة النفقة هي الملك. فالملك للوارث، أو الموصى له بالرقبة، فتكون النفقة عليهما.

2ـ أن جعل النفقة على الموصى له بالنفقة يخرج الوصية من التبرع إلى المعاوضة المجهولة. لأن المنفعة تكون في مقابل النفقة، وكلاهما مجهول، فتكون إجارة بمجهول.

3ـ القياس على نفقة العبد المستأجر، فإن نفقته عليه، وإن كانت منفعته لغيره.

4ـ القاعدة العامة، انه لا يجب على أحد أن ينفق على ملك غيره.

وحجة القول بوجوبها على الموصى له[3].

1ـ القياس على نفقة الزوجة، فإنها على الزوج لانتفاعه بالزوجة. والموصى له بالمنفعة ينتفع بالعين الموصى بمنفعتها، فيجب عليه الإنفاق عليها.

2ـ حديث (الخراج بالضمان)[4]. فإن الموصى له هو المنتفع، والقاعدة أن من له الغنم فعليه الغرم.

3ـ أن في إيجابها على المالك إضرارا به، حيث تكون الغلة لغيره والنفقة عليه، وهو ضرر واضح لا يجوز، لحديث: (لا ضرر ولا ضرار).

1ـ انظر المدونة 224/4 الذخيرة 88/7.

2ـ انظر المغني 61/6.

3ـ نفس المرجع .

4ـ سبق تخريجه.

إلا أن هذا مردود بأن المالك قادر على دفع هذا الضرر بإخراج الموصى بمنفعته عن ملكه، كما أن القياس على الزوج قياس معارض بالقياس على العبد المستأجر، ومخالف لقاعدة انه لا يجب على أحد أن ينفق على مال غيره.

أما الاحتجاج بحديث الخراج بالضمان فغير واضح ولا يسلم. لأن معنى الحديث أن الغلة لمن عليه الضمان. وأن من يجب عليه ضمان الشيء تكون له غلته، وليس معناه أن النفقة تابعة للمنفعة. فلا يصح الاحتجاج به في الموضوع.

وأما وجه الفرق بين نفقة الحيوان وغيره عند القائلين بذلك، وهم الشافعية، والحنابلة، فهو أن الحيوان له حرمة. وتجب المحافظة على حياته. بالإنفاق عليه، بخلاف الشجر، فلا روح فيه، فلا يجب الإنفاق عليه[1].

المطلب التاسع:

في بيع العين الموصى بمنفعتها

اختلف الفقهاء في بيع العين الموصى بمنفعتها للموصى له أو لغيره.

ومذهب مالك أنه لا يجوز بيعها لغير الموصى له. لما يلزم على ذلك من بيع معين يتأخر قبضه، إذا كانت الوصية مؤقتة. أو بيع ما لا منفعة فيه إذا كانت مؤبدة، وكلاهما لا يجوز.

واختلفوا في بيعها للموصى له، فقال مالك بالجواز مرة، وبالمنع مرة، وقال سحنون لا يجوز ذلك إلا لضرورة[2]. وقال الشافعية يجوز بيعها للموصى له ولغيره، إذا كانت المدة معلومة، أو مجهولة. واختلفوا إذا كانت الوصية مؤبدة، أو مطلقة. لحملها على التأبيد عندهم ـ فقيل: لا يجوز بيعها مطلقا للموصى له ولغيره. وقيل يجوز مطلقا. والأصح عندهم جواز بيعها للموصى له دون غيره في هذه الحالة، كما أجازوا بيعها إذا اتفق الموصى له والورثة. أو الموصى له بالرقبة على بيع الرقبة والمنفعة في صفقة واحدة،

---

[1]ـ انظر المغني 61/6 نهاية المحتاج 78/6.
[2]ـ الذخيرة 87/7 ـ 130.

ويوزع الثمن بينهما بنسبة قيمة الرقبة، وقيمة المنفعة[1]. واختلف الحنابلة على قولين بالجواز مطلقا، والجواز من المالك. دون غيره[2].

وقال الحنفية يجوز بيعها للموصى له. وتبطل الوصية. كما تبطل إذا وافق الموصى له على البيع، ولا شيء له من الثمن، ومنعوا بيعها لأجنبي[3]. وأجاز أبو ثور بيعه واشتراط المنفعة للموصى له.

وحجة من منع البيع مطلقا أنه يلزم عليه بيع معين يتأخر قبضه. إذا كانت الوصية مؤقتة، وبيع ما لا منفعة فيه إذا كانت الوصية مؤبدة. وتعلق حق الموصى له بمنفعة المبيع أيضا. وحجة من أجاز ذلك مطلقا ثبوت ملكيته للوارث، فيجوز له بيعه كسائر الأملاك.

وحجة الفرق بين بيعه للموصى له وبيعه لغيره، أن بيعه للموصى له فيه منفعة للموصى له بتملك العين بعد ملكه المنفعة، بخلاف بيعه لغيره، فلا منفعة فيه للمشتري فلا يجوز.

وأما من فرق بين الوصية المؤبدة وغيرها، فحجته أن الوصية المؤقتة تنتهي بانتهاء الوقت، فتعود العين إلى مشتريها، ينتفع بها، فالمنفعة فيها موجودة. وإن كانت مؤجلة، فكان كشراء صغير لا نفع فيه وقت الشراء، ولكنه يؤول إلى النفع، ولا فرق بين المنفعة العاجلة والآجلة.

وبه أخذ القانون المصري م60 والسوري م251 فأجازا البيع للموصى له ولغيره، ويحل المشتري محل البائع في ملك العين، دون المنفعة، كانت الوصية مؤقتة أو مؤبدة.

---

[1] ـ نهاية المحتاج 87/6 ـ 88.

[2] ـ المغني 61/6 ـ 62.

[3] ـ الفتاوي الهندية 123/6 ـ 130.

المطلب العاشر :

في هلاك العين الموصى بمنفعتها أو تعطلها عن المنفعة

يتفق الفقهاء على بطلان الوصية بهلاك العين الموصى بمنفعتها, هلاكا تاما. بغير تعد أحد، ولا جناية عليها. مثل موت الدابة، واحتراق السفينة، وغرقها، ويبس الأشجار الموصى بثمارها، ونحو ذلك.

واختلف في الدار والحانوت، والعمارة، إذا تهدم بناؤها، وتعطلت منفعتها. فقال الشافعة: تبطل الوصية ما دامت مهدمة، فإذا أعيد بناؤها بأنقاضها عادت الوصية إليها. وإن أعيدت بغير أنقاضها لم تعد الوصية لها. وإن أعيدت بأنقاضها وغيرها فلهم احتمالان: الأول بطلانها. والثاني عودتها بنسبة أنقاضها فتقسم غلتها بين الموصى له والورثة بتلك النسبة[1].

وقال الحنفية: يقال للموصى له ابْنِ واستغل[2].

فإن كان الهلاك باعتداء على العين الموصى بمنفعتها اعتداء يوجب ضمانها. فهناك خلاف في القيمة. فقال الشافعية والحنفية: يشترى بالقيمة مثل العين المعتدى عليها. وتسلم للموصى له مكان العين الهالكة، ينتفع بها، كما كان ينتفع بالاولى، فإن كانت دارا اشتريت له دار أخرى. وإن كان بستانا اشترى له بستان آخر، وهكذا. واختلف الحنابلة على قولين. الأول مثل قول الحنفية والشافعية. والقول الثاني بطلان الوصية، واستحقاق الورثة القيمة لأنفسهم، يفعلون بها ما شاؤوا[3].

وللمالكية ثلاثة أقوال[4]. الأول بطلان الوصية. والثاني استمرارها. وشراء مثل ما هلك بالقيمة، والثالث يستأجر بالقيمة مثل العين الموصى بمنفعتها. وتعطى للموصى له ينتفع بها حتى تنتهي مدة الوصية، فإن فضل شيء فهو للورثة، أو للموصى له بالرقبة،

1- نهاية المحتاج وحواشيه 89/6.

2- الفتاوي الهندية 127/6.

3- نهاية المحتاج 86/6 ـ 89 الفتاوي الهندية 127/6 ـ المغني 63/6.

4- انظر المدونة 453/4 ـ الذخيرة 129/7 ـ الزرقاني 197/8.

وهو قول مالك وسحنون، والأول المعتمد في المذهب، حجة القول باستمرار الوصية أن كل حق تعلق بعين يتعلق ببدلها. إذا لم يبطل سببه. وأن الأصل بقاء حقه.

وحجة القول ببطلان الوصية أن القيمة الواجبة في هلاك العين هي بدل عن رقبة العين المعتدى عليها، فتكون للورثة، لأنها ملكهم، ولا حق للموصى له في الرقبة، وحقه متعلق بالمنفعة وقد بطلت بهلاك العين، وهي حجة مبحوث فيها، لأن الرقبة تقوَّم بمنافعها، فالقيمة ليست في مقابل العين دون منافعها. بل في مقابلهما معا، فالموصى له بالمنفعة له حق في القيمة، وهو بدل المنفعة، فلا ينبغي تجاهله.

كما احتجوا بالقياس على الإجارة. فإنها تبطل بهلاك العين المستأجرة. فكذلك الوصية. لتلف المستوفي منه فيهما.

فإن تعطلت العين ولم تهلك، مثل الدار يصيبها التصدع، والسيارة تتعطل، فإن الموصى له يخير في إصلاح العين والانتفاع بها، أو ردها للورثة، وسقوط حقه في الوصية، قياسا على العبد الجاني يخير سيده في فدائه أو إسلامه. فإن أصلح استمرت الوصية. وإلا بطلت. ولا يلزم الورثة بالإصلاح، لقاعدة من له الغنم فعليه العزم.

المطلب الحادي عشر:

في انتهاء الوصية بالمنفعة

تنتهي الوصية بالمنفعة بأمور سبعة.

1ـ استحقاق العين الموصى بمنفعتها. أو استحقاق منفعتها. كما لو أوصى بسكنى دار تبين أنها ملك لغيره، أو أنها محبسة. أو مؤجرة لمدة الوصية، أو أكثر منها. فإن الوصية تبطل في الحالتين، لأنها وصية بما لا يملك.

2ـ هلاك العين الموصى بمنفعتها، على التفصيل السابق.

3ـ وفاة الموصى له على خلاف بين الفقهاء. فقد ذهب الحنفية إلى بطلان الوصية بوفاته قبل استيفاء المنفعة مطلقا. كانت الوصية مؤقتة، أو مؤبدة، أو مطلقة. بناء

على أصلهم أن المنافع لا تورث. لأنها ليست مالا عندهم[1]. وفرق المالكية بين الوصية المؤقتة بوقت محدد معلوم، وبين غيرها[2]. فإن كانت مؤقتة بوقت معلوم، كسنة أو عشرين سنة، فإنها لا تبطل بوفاة الموصى له. وتورث عنه. لأنها حق من حقوقه المالية. يشملها عموم حديث (من ترك مالا فلورثته)[3] وعموم من مات عن حق فلوارثه.

فإن كانت مؤقتة بحياة الموصى له فإنها تبطل بوفاته، ولا تورث عنه، وقوفا مع لفظ الموصي، وشرطه.

وإن كانت مطلقة فهي محمولة على حياة الموصى له تبطل بموته، ولا تورث عنه. إلا أن تكون المنفعة الموصى بها خدمة عبد ففيها خلاف بين أشهب وابن القاسم، لا حاجة لذكره، لزوال الرق واختفائه.

أما إذا كانت الوصية بالمنفعة مؤبدة، فإنها تعطى حكم الحبس. وتجري مجراه، لأنها نوع منه، يصدق عليها تعريفه بأنه إعطاء منفعة شيء مدة وجوده، لازما بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديرا، ولقاعدة: أن تعقيب الوصية يلحقها بالحبس، وفرق الشافعية بين الوصية المؤبدة والمؤقتة. فقالوا في المؤبدة -والمطلقة نوع منها-: لا تبطل الوصية بموت الموصى له. وتورث عنه، وله أن يوصي بها لغيره. بخلاف المؤقتة بحياة الموصى له. فإنها تنتهي بموته، ولا تورث عنه[4]. واختلف المالكية في الموصى له بثمار الأشجار. ونتاج الحيوان. إذا مات والأشجار مثمرة. والحيوان حامل. والراجح المعمول به أنه إن مات بعد طيب الثمر فالغلة لورثته. وإن مات قبل الطيب فالثمار الموجودة لورثة الميت. كما أن ما يولد بعد موته يكون لورثة الميت. وإن حملت به امه في حياة الموصى له. لأنه ولد بعد موته. فلا تشمله الوصية.

وإن كان الموصى له غير معين فلا شيء لورثته، مات قبل الطيب، أو بعده. ما دامت الثمار لم تقسم. ومنشأ الخلاف اختلاف الفقهاء فيما تستحق به الغلة في الوصية، والحبس. فقيل بالطيب. وقيل بالقسم. وهو المعمول به في الموصى له غير المعين. كان

1ـ انظر البدائع 386/7.

2ـ انظر المدونة 310/4 ـ الزرقاني 197/8 ـ الذخيرة 131/7 ـ 111.

3ـ سبق تخريجه.

4ـ نهاية المحتاج 83/6.

محصورا كأولاد فلان. أو غير محصور كالفقراء وطلبة العلم. بخلاف المعين كزيد وعمرو، فإنه يستحقها بالطيب على المعمول به أيضا[1].

4ـ انتهاء المدة المحددة، فإذا كانت الوصية محددة بسنة، أو عشر سنين مثلا، فإنها تنتهي بانتهاء المدة المحددة، وقوفا مع لفظ الموصي. سواء انتهت قبل وفاة الموصي، أو بعد موته. إلا أنه إذا انتهت المدة والأشجار مثمرة فإن الثمار تكون للموصى له، إذا كانت مزهية. وإن كانت لم تؤبر فهي لورثة الموصي. واختلف في المؤبرة التي لم تزه. فقيل: للموصى له. وقيل: لورثة الموصي.

أما إذا كانت الوصية بما يلده الحيوان فإن النتاج المولود بعد انتهاء المدة يكون لورثة الموصي. ولا حق فيه للموصى له، لعدم دخوله في الوصية[2].

5ـ هلاك الموصى له في الوصية لجهة بر معينة. مثل الوصية بغلة أرضه للمسجد الفلاني. أو المدرسة الفلانية. فإذا انهدم المسجد أو المدرسة وأيس من إعادتهما، أو لم يوجدا فإن الوصية تبطل، وتعود المنفعة لورثة الموصي بخلاف الحبس فإنه إذا تعطل مصرفه لا يبطل بذلك ويصرف في مثله[3].

6ـ تنازل الموصى له عن حقه في المنفعة للورثة، أو بعضهم، إذا قبل ذلك منه.

7ـ شراء الموصى له العين الموصى بمنفعتها. على التفصيل، والخلاف السابقين في بيع العين الموصى بمنفعتها. فإنه إذا اشترى الموصى له العين الموصى بمنفعتها ملكها، وانتهت الوصية.

إلا أن في عد هذا انتهاء للوصية نوعا من التساهل، لأن الوصية متعلقة بالمنفعة. والشراء ورد على العين. ولم يرد على المنفعة. فالموصى له يملك المنفعة بالوصية. والرقبة التي ملكها بالشراء ملكها بدون منفعة. وكل ما في الأمر أن الورثة لم يبق لهم حق في العين، وهذا لا ينافي أن المنفعة مملوكة بالوصية.

---

[1]ـ انظر الذخيرة 131/7 ـ 132 النوازل الصغرى 491/4 ـ 492.

[2]ـ الذخيرة 132/7.

[3]ـ انظر المعيار 218/7 ـ 149.

وقد أخذ القانون المصري في مادته 59 والقانون السوري في مادته 252 بالقول بانتهاء الوصية بتملك الموصى له العين الموصى بمنفعتها، وباستحقاقها، وبتنازله عن حقه في الوصية بعوض، أو دونه. وبوفاته قبل استيفاء المنفعة كلها، أو بعضها. ولم يفرقا بين الوصية المؤقتة والمؤبدة.

في حين سكت القانون المغربي عن الموضوع من أصله. ويعتبر ذلك أخذا بمذهب مالك الذي شرحناه.

المطلب الثاني عشر:

في الوصية ببعض منفعة العين أو منفعة بعض العين

الوصية بمنفعة بعض العين فقط، أو ببعض منفعة العين، كالوصية بمنفعة جميع العين فيما سبق، ونشير هنا إلى اختلاف الفقهاء في وقف العين الموصى ببعض منفعتها، أو الموصى بمنفعة بعضها. ومذهب المالكية التفصيل في ذلك بين الموصى بجزء غلتها. والموصى بغلة جزئها. وبين ما يقبل القسمة وما لا يقبلها على النحو التالي[1].

1ـ بالنسبة للموصى ببعض غلتها يجب وقفها كلها. فإذا أوصى بثلث غلة أرضه، أو داره، أو بستانه أو نصف ذلك، أو ربعه لم يكن للورثة حق في قسمة الأرض، أو الدار، أو البستان، وتوقف هذه الأعيان كلها مدة الوصية، لتعلق حق الموصى له بغلة العين كلها، فيجب وقفها، وقسم غلتها، سواء كانت العين تقبل القسمة كالأرض، أو لا تقبلها كالحيوان، والسفن.

وبالنسبة للموصى له بغلة بعضها هناك فرق بين ما يقبل القسمة وما لا يقبلها.

فإن كان لا يقبل القسمة أصلا، كالحيوان، أو لا يقبلها إلا بفساد، كالسفينة. فإن العين الموصى بمنفعة بعضها يجب وقفها كلها، وقسم غلتها، فإذا أوصى بغلة ثلث حمامه، أو مداخيل ربع سفينته، أو دابته وقفت هذه الأعيان مدة الوصية، ويعطى للموصى له نصيبه في الغلة. ولا يعطونه جزء العين يستغله، لتعذر قسمتها بلا ضرر،

1ـ انظر الذخيرة 127/7 ـ 135.

واختلفت إذا كانت تقبل القسمة دون ضرر. مثل الوصية بغلة ثلث أرضه. أو غلة نصف بستانه، والمشهور أن للورثة أن يقاسموا الموصى له، فيعزلوا له نصف البستان. أو ثلث الأرض بحسب وصيته، تكون له غلته مدة الوصية. سواء أغل، أو لم يغل. ويتصرف الورثة في الباقي، قياسا على الوصية بثلثه ملكا. وقيل ليس لهم مقاسمته. وتوقف العين كلها، كالوصية بجزء الغلة.

وقال الحنفية فيمن أوصى بثلث غلة بستانه أبدا، ولا مال له غيره: إنه يجوز للورثة أن يقاسموا الموصى له. ثم إذا أغل نصيب الورثة دون نصيب الموصى له، أو العكس، فإنه يشاركهم ويشاركونه في الغلة الحاصلة في نصيب بعضهم دون بعض.

واختلفوا إذا كانت الوصية بثلث غلة الدار، فقال أبو حنيفة: ليس لهم أن يقاسموه خشية تعطل غلتها بالقسم، فيضيع الموصى له في حقه. وقال أبو يوسف: لهم أن يقاسموا، ويعزلوا له الثلث، فإذا أغل فهو ماله، وإذا لم يغل فليس له شيء[1].

المطلب الثالث عشر:

في اجتماع الوصية بالمنفعة والوصية بالرقبة في عين واحدة

اتفق جمهور الفقهاء على مشروعية اجتماع الوصية بمنفعة شيء، والوصية برقبته في وصية واحدة، أو في وصيتين منفصلتين. لأن كل واحدة من الوصيتين مشروع على انفراد، فلا يمنع اجتماعهما في عين واحدة[2]. وهي مستثناة من قاعدة منع استثناء منفعة العين عند التصرف فيها[3].

1_ الفتاوي الهندية 122/6 ـ 123.

2_ انظر المغني 62/6 نهاية المحتاج 50/6 الفتاوي الهندية 125/6.

3_ الأشباه والنظائر للسيوطي ص 221.

ولها حالتان:

الأولى: أن يكون الموصى له بالرقبة هو الموصى له بالمنفعة. وقد ذكر لها المالكية صورتين.

1ـ الوصية لمن يولد لفلان، فهي وصية بالمنافع ابتداء، وبالرقبة انتهاء عند انحصار الاولاد، وقد سبق بيان ذلك.

2ـ أن يوصي لشخص بعينه بمنفعة ملك من أملاكه مدة معينة، يصير بعدها ملكا له، مثل الوصية بسكنى داره، أو غلة أرضه لحفيده، مدة عشر سنين، أو عشرين سنة، أو حتى يرشد ثم يصير ملكا له بعد ذلك يتصرف فيه كيف شاء.

وهي وصية يجب العمل فيها بشرط الموصي: يمنع الموصى له من تفويتها قبل الأجل المحدد. إلا أن تقل غلة ما أوصى له بغلته. وتعجز عن كفايته. ويخشى على نفسه الضياع، فيجوز له البيع بقدر حاجته، ويمنع من بيع الجميع، لأن البيع رخصة للضرورة. والضرورة تقدر بقدرها. حسبما أفتى به المالكية فيها[1].

والحالة الثانية: أن يوصي بالمنفعة لشخص، وبالرقبة لشخص آخر. وهي مثل الأولى في المشروعية والحديث عنها يختصر في أربع نقط.

1ـ ما يستحقه كل واحد من الموصى لهما.

2ـ لمن تكون المنفعة إذا لم يقبل الموصى له بها.

3ـ إذا كانت العين الموصى بها لا يحملها الثلث.

4ـ إذا كانت العين الموصى بمنفعتها لا تصلح للانتفاع وقت الوصية.

أولا: بالنسبة للنقطة الأولى، وهي ما يستحقه كل واحد منهما، فإن هناك خلافا بين الفقهاء، فمذهب المالكية، والشافعية أن لكل واحد منهما ما وصي له. فالموصى له بالمنفعة يستحق المنفعة. والموصى له بالرقبة يستحق الرقبة، لأنه لا تناقض بين الوصيتين، فتنفذان معا[2]. إلا أنه يبدأ بالمنفعة. فإذا استوفى الموصى له بالمنفعة منفعته،

1ـ انظر المعيار 182/7 ـ النوازل الصغرى 513/4.

2ـ المدونة 303/4 ـ الفتاوي الهندية 127/6 ـ 122.

وانتهت مدة الوصية بوفاته، أو انتهاء مدتها، فإن الرقبة تعود ملكا للموصى له به بالرقبة[1]. عملا بقاعدة تقديم الخاص على العام. لأن الوصية بالرقبة تستلزم الوصية بالمنفعة ما دامت العين الموصى بها، والوصية بالمنفعة وصية بالمنفعة مدة محددة بحياة الموصى له، أو وقت معلوم. فهي وصية خاصة في الزمان. والوصية بالرقبة عامة فيه. والخاص مقدم على العام. تقدم عنه أو تأخر.

وقال ابن القاسم إذا أوصى بخدمة العبد لشخص، ورقبته لآخر، ولم يؤقت، انهما يتحاصان في الخدمة، يضرب الموصى له بالرقبة بقيمة الرقبة، ويضرب الآخر بقيمة المنفعة.

وفرق الحنفية بين تقدم الوصية بالرقبة على الوصية بالمنفعة، وتأخرها عنها.

أ- فقالوا إذا أوصى بالرقبة أولا والمنفعة ثانيا كان لكل واحد منهما ما وصي له به، سواء كانت الوصيتان متصلتين، أو منفصلتين. ووجهوه بوجهين[2].

الأول: أن الوصية بالمنفعة لغير الأول الموصى له بالرقبة يعتبر رجوعا عن الوصية له بالمنفعة والرقبة. لأن الوصية بالرقبة وصية بالرقبة والمنفعة، فالوصية بالمنفعة لشخص آخر هو رجوع عن الوصية بالمنفعة للأول، وتبقى له الوصية بالرقبة.

والثاني: أن لفظ العين واسمها لا يتناول منفعتها، لا بطريق العموم، ولا بطريق التضمن، فاسم الدار لا يتناول السكنى، واسم الشجر لا يتناول الثمر. لا بطريق العموم ولا بطريق التضمن، فالوصية بالعين لا تتناول الوصية بما ذكر إلا بالتبع. فإذا جاءت الوصية بالمنفعة لشخص آخر غير الموصى له بالعين تبين انها غير تابعة للوصية بالعين.

ب - وإن بدأ الوصية بالمنفعة قبل الوصية بالعين فإن كان ذلك متصلا فلكل واحد منهما وصيته. وإن ذكر مفصولا فالرقبة للموصى له بالرقبة وحده، والمنفعة بينهما نصفان، لأن الوصية بالرقبة تشمل الوصية بالمنفعة. وبذلك تكون المنفعة موصى بها لكل منهما: للموصى له بالمنفعة أصالة، وللموصى له بالرقبة تبعا، فيشتركان فيها. وتبقى الرقبة سالمة للموصى له بالرقبة، لا يزاحمه فيها أحد، فتكون له ويختص بها[3].

1- نفس المرجع. والصفحة.

2- البدائع 383/7.

3- المرجع السابق وانظر الفتاوي الهندية 125/6.

ثانيا: وبالنسبة للنقطة الثانية إذا رد الموصى له بالمنفعة وصيته، فإن هناك اتفاقا بين المذاهب الأربعة على أن المنفعة ترجع لورثة الميت. ولا تكون للموصى له بالرقبة، لبطلان الوصية بالمنفعة، والقاعدة أن الوصية الباطلة ترجع لورثة الموصي[1].

فإن وهبها للموصى له بالرقبة، أو باعها له فإن المنفعة تكون للموصى له بالرقبة. لأن بيع الوصية أو هبتها يعتبر قبولا للوصية، كما قال مالك فيمن أوصى بخدمة عبده سنة ثم هو حر. فوهب الموصى له الخدمة للعبد: انه يخرج حرا من ساعته، لسقوط الخدمة[2].

ثالثا: وبالنسبة للنقطة الثالثة إذا كانت العين الموصى برقبتها ومنفعتها لا يحملها الثلث، فإن الورثة يخيرون إما أن يجيزوا الوصيتين، أو يعطوا للموصى لهما ما حمله الثلث في العين الموصى بها. فإن حمل النصف فلهما النصف، وإن كان أكثر من ذلك، أو أقل كان لهما ما حمله الثلث. وينتفع به الموصى له بالمنفعة أولا، حتى تنتهي وصيته بوفاته، أو بلوغ الأجل المحدد، ثم تنتقل رقبة ما حمله الثلث إلى الموصى له بالرقبة[3].

فإذا كانت الوصية بسكنى دار لشخص، وبرقبتها للآخر، وقيمتها مائة. والتركة كلها مائتان وأربعون، فإن الموصى لهما يستحقان أربعة أخماس الدار، إذا أبى الورثة إجازة الجميع. لأن ثلث الميت ثمانون تجمع للموصى لهما في الدار، وذلك أربعة أخماسها. ينتفع بها الموصى له بالسكنى حتى تنتهي مدة وصيته ثم تعود الأخماس الأربعة للموصى له برقبتها. زادت قيمتها، أو نقصت، لأن المعتبر في القيمة يوم القسم، لا يوم مرجع الوصية للموصى له بالرقبة[4].

وفي حالة وجود وصية أخرى معهما، فإن الموصى لهما بالرقبة والمنفعة إنما يحاصصان بقيمة الرقبة فقط. لأن وصيتهما وصية واحدة. كمن أوصى بثلاثمائة لشخص،

1- انظر نهاية المحتاج 89/6 المدونة 294/4.

2- المدونة 294/4.

3- نفس المرجع 302/4 - الذخيرة 107/7 - 108.

4- نفس المرجع 302/4 - الذخيرة 107/7 - 108

وأوصى لآخر بسكنى داره، ولثالث برقبتها، وضاق الثلث، فإنهما عند المحاصة يضرب صاحب الثلاثمائة بثلاثمائة،ويضرب الموصى لهما بالرقبة والمنفعة بقيمة الدار فقط[1].

رابعا: وبالنسبة للنقطة الرابعة إذا كانت العين الموصى بمنفعتها لا تصلح للانتفاع بها حتى تنتهي مدة الوصية بها، فإن العين الموصى بها تسلم للموصى له برقبتها عاجلا. ولا ينتظر انتهاء مدة الوصية بالمنفعة، لأنه لا فائدة من الانتظار[2].

المطلب الرابع عشر:

في الوصية بمنفعة شيء والوصية براتب من غلته

مثل الوصية بثمار بستانه لشخص، والوصية بعشرة قناطير من ثماره كل سنة لشخص آخر. والوصية بسكنى داره لشخص، والوصية بالف درهم من غلتها كل شهر لشخص آخر، أو الوصية بمداخيل سفينته لشخص، وبالف درهم من غلتها كل شهر للآخر، والحكم أنه يبدأ فيها بإخراج الراتب أولا، فإن فضل شيء فللموصى له بالغلة والمنفعة، عملا بقاعدة تقديم الخاص على العام، وتخصيصه به. لأن الوصية بالمنفعة وصية بعام. والوصية بالمرتب منها وصية بخاص، فإن لم تف الغلة بالمرتب المسمى أخذه من الغلة الماضية، يرجع بها على الموصى له بالغلة إن كان أخذ شيئا. والارجع في العلة المستقبلة.

وفي حالة الوصية بسكنى الدار لشخص. وبمرتب من غلتها. فإن الموصى له بالسكنى له الحق في إعطاء المرتب للموصى له بالمرتب. ويسكن الدار. وإلا استؤجرت الدار. ويدئ بصاحب المرتب، وما فضل عن راتبه يأخذه الموصى له بالسكنى[3].

---

[1]ـ نفس المرجع 304/4.

[2]ـ انظر الذخيرة 89/7.

[3]ـ راجع الذخيرة 126/7.

المبحث الرابع:
في الوصية بالمرتبات

المقصود بالمرتب مبلغ من المال يصرف كل يوم. أو كل شهر، أو كل سنة، في جهة من جهات البر. أو يعطى لشخص من الأشخاص، بصفة دائمة، أو مؤقتة، مثل الوصية بإطعام الفقراء كل يوم مائة خبزة، والوصية بتوزيع عشرين ألفا جائزة كل سنة. أو الإنفاق على أبناء أخيه ألفا درهم كل شهر حتى يتموا دراستهم، أو إعطاء خالته ألف درهم كل شهر مدة حياتها، أو ينفق على خاله منذ ذلك حتى يموت ونحو ذلك.

وقد اتفق جمهور الفقهاء، على صحة هذه الوصية. لعموم أدلة الوصية، ولاتفاق الفقهاء على اغتفار الجهل والغرر في الوصية. وخالف الظاهرية فمنعوها[1].

وتتنوع هذه الوصية إلى أقسام. لان المرتب إما دائم، وإما مؤقت بأجل معلوم. كعشر سنين. أو مجهول، مثل حتى تتزوج البنت، وإما مدى الحياة. وفي كل إما أن يكون المرتب من عين التركة، أو من غلتها أو من غلة عين معينة من أعيان التركة. مثل غلة عمارته، وأرباح شركته، وما شابه ذلك.

ونخصص لهذه الأقسام أربعة مطالب: الأول في المرتب الدائم من رأس مال التركة، والثاني في المرتب المؤقت من رأس مال التركة، والثالث في المرتب من غلة التركة، والرابع في المرتب من غلة عين من التركة.

---

1 ـ انظر المحلى 322/9.

المطلب الأول:

الوصية بمرتب دائم من عين التركة. وتكون عادة لجهة بر أو لغير معين كالمسجد والفقراء

هذه الوصية اختلف الفقهاء في مشروعيتها وتكييفها. وكيفية تنفيذها عند تعددها. وفيما يوقف لتنفيذها، وفي الاحتفاظ بالمرتب، أو التخفيض منه عند المحاصة مع غيرها.

أولا: بالنسبة للنقطة الأولى التي هي مشروعيتها هناك ثلاثة أقوال[1].

1ـ صحتها ولزومها حالا، واستقبالا. وهو مذهب المالكية، والحنفية، والحنابلة. لعموم الأدلة.

2ـ بطلانها من أصلها، وهو مذهب الظاهرية كما سبق.

3ـ صحتها بأول مرتب، وبطلانها فيما بعده. للجهل بالقدر الموصى به في المستقبل. فلا يعلم هل يخرج من الثلث أم لا؟ فإذا أوصى بمائة كل سنة وجبت مائة في أول سنة. إذا حملها الثلث. وبطلت في السنوات القادمة. فلا يستحق الموصى له إلا المائة الأولى.

ثانيا: وبالنسبة لتكييفها وهي النقطة الثانية فإن هناك قولين[2].

القول الأول: وهو المشهور في مذهب مالك أنها وصية بالثلث فقط ابتداء.

القول الثاني: أنها وصية بجميع المال ابتداء. فإن أجازها الورثة فذاك. وإلا ردت للثلث. وهو مذهب الحنفية، وأحد قولين في المذهب المالكي.

ووجه القول الأول أن الموصي ممنوع شرعا من الوصية بأكثر من الثلث. فإذا لم ينص على مقدار الوصية فإنها تحمل على الثلث. لأنه الجائز شرعا. فيحمل قوله على ما وافق الشرع.

---

[1]ـ انظر المدونة 304/4 ـ حواشي نهاية المحتاج 90/6 ـ الفتاوي الهندية 128/6.

[2]ـ الذخيرة 35/7 ـ 36 المواق 375/6 ـ الزرقاني 186/8 ـ الفتاوي الهندية 128/2 ـ 129.

ووجه القول الثاني أن تنفيذ الوصية على الوجه الذي ذكره الموصي يستغرق جميع التركة. لأن التركة محدودة. والوصية دائمة غير متناهية، فتحمل وصيته على مقتضى كلامه. وتكون وصية بجميع المال. إلا أن يمتنع الورثة فترد للثلث.

وتظهر ثمرة الخلاف في حالة اجتماع الوصية بمرتب دائم، والوصية بقدر معلوم، مثل الوصية لمعين بألف درهم، والوصية للفقراء أو المرضى بمائة درهم كل شهر، والتركة كلها ثلاثة آلاف درهم[1].

فإذا لم تجز الورثة أكثر من الثلث، تحاصص المعين وأصحاب المرتب في الثلث. يضرب الموصى له بألف بالثلث، لأنه ثلث التركة، ويضرب الموصى لهم بالمرتب بالثلث أيضا على القول المشهور، ويقسم بينهم إنصافا لكل خمسمائة، إلا أن نصيب الموصى له بألف يسلم إليه، ونصيب الفقراء والمرضى أصحاب المرتب يوقف، ليصرف عليهم كل شهر، كما ياتي، وعلى مذهب الحنفية والقول الثاني للمالكية يضرب أصحاب المرتب بجميع المال الذي هو ثلاثة آلاف، لأن الوصية لهم بالمرتب وصية بجميع المال، أما الموصى له بألف فإنه يضرب بالمسمى له، وهو الألف، ويقسم الثلث بينهما أرباعا بنسبة وصية كل واحد من الفريقين إلى مجموع الوصيتين، فيعطى للموصى له بألف ربع الثلث مائتان وخمسون، ويوقف لأصحاب المرتب ثلاثة أرباع الثلث سبعمائة وخمسون.

وفي حالة إجازة الورثة الوصيتين معا، فإن جميع المال يقسم بينهم أرباعا، على القول الثاني الذي يعتبر الوصية بالرتب وصية بجميع المال. وعلى القول المشهور يأخذ الموصى له بألف الفه. ويأخذ أصحاب المرتب الفا أخرى. لأن الوصية بالمرتب وصية بالثلث. والثلث الباقي للورثة.

ثالثا: وبالنسبة للنقطة الثالثة التي هي كيفية توزيع الوصية عند تعدد الوصايا بمرتب دائم، فإن هناك قولين في مذهب مالك[2].

الأول: أنها توزع على عدد الجهات الموصى لها، بقطع النظر عن مقدار ما خصصه الموصي لكل جهة.

1ـ انظر المدونة 304/4 ـ الذخيرة 35/7 ـ الفتاوي الهندية 128/6.

2ـ الزرقاني 186/8 ـ الذخيرة 36/7 ـ المواق 375/6.

والقول الثاني: أنها توزع على الحصص، يعطى لكل جهة ما ينوبها في المحاصة، بنسبة حصة كل منها لمجموع الحصص المسماة في الوصية. وهذا هو الاظهر والأرجح، لأن الموصي فاضل بينهما في الوصية، وسمى لبعضها أكثر من بعض، فيجب التفضيل بينهما عند القسم.

فإذا أوصى بعشرة دراهم كل يوم للفقراء، وبعشرين درهما كل يوم للمسجد، وبثلاثين كل يوم للمرضى، ولم يجز الورثة فإن الثلث يقسم بين هذه الجهات أثلاثا على القول الأول، لكل جهة ثلث الثلث.

وعلى القول الثاني يقسم أسداسا. السدس للفقراء، والسدسان للمسجد، وثلاثة أسداس للمرضى، وإذا أجاز الورثة الوصايا كلها قسمت التركة كلها أثلاثا. على القول الأول، أو على الحصص على القول الثاني.

وفي حالة اجتماع وصايا بمرتب دائم، ووصايا بمعلوم، فإنه يضرب للوصايا بمرتب بالثلث الواحد على المشهور. بناء على أنها وصية بالثلث ابتداء. وقيل يضرب لكل جهة بثلث، وقيل يضرب بالجميع[1].

فإذا أوصى لزيد بخمسة وسبعين، ولعمرو بمثلها، وبمائة درهم كل شهر للفقراء، وبمائتين كل شهر دواء للمرضى، والتركة كلها تسعمائة درهم. فإنه يضرب للمرتبين بالثلث ثلاثمائة، ولعمرو بخمسة وسبعين ولزيد بخمسة وسبعين، ويقسم ثلث التركة الذي هو ثلاثمائة على ستة، لأن نسبة وصية عمرو تساوي سدس مجموع الوصايا هكذا 75/ 450 لزيد سدسها خمسون. ولعمرو سدسها خمسون، وللمرتبين أربعة أسداس، مائتان، تقسم بينها بالتساوي، أو بنسبة الحصص على الخلاف السابق.

وعلى القول بأنه يضرب لكل مرتب بثلثه فإن الثلث يقسم على عشرة. فكأنه أوصى لكل جهة بثلاثمائة ولزيد بخمسة وسبعين، ولعمرو بمثلها. فمجموع الوصايا سبعمائة وخمسون، نسبة 75 إليها تساوي العشر فيقسم الثلث على عشرة. لزيد العشر،

---

[1]ـ الذخيرة 36/7 ـ إيضاح الأسرار للرسموكي ص 169 ـ 170.

ولعمرو العشر، والباقي وهو ثمانية أعشار للمرتبين، تقسم بينها بالتساوي، أو الحصص على الخلاف[1].

رابعا: وبالنسبة للنقطة الرابعة. وهي ماذا يوقف لتنفيذ هذه الوصية، فإن هناك اتفاقا بين الفقهاء أنه لا توقف التركة كلها، إذا لم يجز الورثة ذلك، لما في وقفها من الإضرار بالورثة، ولتعلق حقهم بثلثي التركة بوفاة الموصي، كما أنه لا مجال هنا لتسليم التركة كلها للورثة، مقابل التزامهم بدفع المرتبات الموصى بها من التركة. أو من أموالهم. لأن المرتبات غير متناهية، والورثة منتهون، ولأن المرتبات مجهولة المبلغ النهائي، فيتعذر التزامه. وإنما يبقى الكلام في القدر الذي يجب وقفه من التركة، هل يوقف الثلث كاملا. أو ما يكفي لتنفيذ الوصية؟

والمنصوص عليه في الفقه المالكي أنه يوقف ثلث التركة، إذا لم تكن معها وصايا أخرى. أو ما ينوب المرتب في المحاصة، إذا كانت معه وصية أو وصايا بمعلوم. وينفق المال الموقوف في المرتب الموصى به إلى نفاده[2].

وقال الحنفية: الوصية بمرتب من المال وصية بجميع المال، فإذا لم يجزها الورثة فإنه يوقف ثلث التركة، ينفق منه على الموصى له[3].

وقيل توقف عين من أعيان التركة. تفي غلتها بالمرتب. وتصير وقفا على الجهة الموصى لها بالمرتب، تختص بغلتها، فإذا زادت على المرتب فالزيادة للموصى له، وإذا انتقصت فلا يتبع الورثة بالنقص.

ويستعان بأهل الخبرة في تحديد مبلغ المرتب، إذا لم يكن محددا. وفي اختيار العين التي توقف لوفاء غلتها بالمرتب، وإذا كانت العين التي وقع عليها الاختيار أكثر من الثلث. فإنه يوقف منها الثلث فقط، وتنفذ الوصية من غلتها. فإن لم تف بذلك بيع من العين بقدر ما يفي بالمرتب، إذا امتنع الورثة عن إتمامه.

---

[1] ـ راجع المدونة 304/4 ـ المنتقى 174/6 ـ الزرقاني 187/8 ـ الذخيرة 35/7.
[2] ـ نفس المراجع.
[3] ـ الفتاوي الهندية 128/6.

وبه أخذ القانون المصري في مادته 68 وجاء في المذكرة التفسيرية أن كون العين وقفا هو فحوى قول أبي يوسف في الوصية بالمرتب من رأس المال مدى الحياة[1].

إلا أنه يلاحظ على هذا الرأي.

1ـ أن جعل الثلث في عين بذاتها دون غيرها مخالف لقاعدة الوصية. فإن الثلث فيها يخرج من جميع التركة، عن طريق القسمة بين الورثة والموصى له المعين، أو غيره. وليس من حق الموصى له الاختصاص بالعقار، وترك العروض والحيوان مثلا للورثة.

2ـ إسناد اختيار العين التي يراد وقفها إلى الخبراء، فيه إضرار بالورثة. ومحاباة للجهة الموصى لها بالمرتب. ومخالف لقواعد القسمة بين الشركاء. وأنه لا حق لبعض الشركاء في اختيار ما يأخذه في نصيبه، وترك الباقي لغيره.

3ـ اعتبار العين المختارة لتنفيذ الوصية وقفا على الجهة الموصى لها بالمرتب مخالف لقاعدة الوصية: أنها محمولة على التمليك، لا على التحبيس. كما أنه مخالف لقاعدة الوقف. وأنه لابد فيه من صيغة تدل عليه، وهي غير موجودة هنا.

4ـ إعطاء الغلة كلها للموصى له، ولو زادت على المرتب مخالف لنص الوصية، وتبديل لها.

ومن هنا كان قول المالكية، بعزل ثلث التركة، أو ما ينوب الجهة الموصى لها بالمرتب في حالة المحاصة. وإنفاقه في المرتب حتى ينفد، ولا يجعل حبسا أرجح وأحسن.

خامسا: وبالنسبة للنقطة الخامسة التي هي المحافظة على المرتب كاملا، أو يخفض منه عند ضيق الثلث. هناك خلاف في مذهب مالك.

القول الأول: الاحتفاظ بالمرتب كاملا، ويباع الثلث أو ما ينوب الموصى له بالمرتب من التركة، ويوقف على يد أمين، يصرفه في الجهة المعينة، بنفس المقدار حتى ينتهي المال الموقوف، ولا ينقص من المرتب.

---

[1]ـ أنظر الفقه الإسلامي وأدلته 98/8 – أحكام الوصايا للدكتور فراج ص 219 ـ 223.

القول الثاني: انه ينقص من المرتب بقدر ما طرأ من نقص في المحاصة. فإذا انتقص منها النصف نقص من المرتب النصف، وإذا انتقص الثلث نقص الثلث وهكذا[1].

المطلب الثاني:

في الوصية بمرتب مؤقت من رأس مال التركة

يتناول هذا المطلب سبع نقط: كيفية تحديد مدة الوصية. ومقدار المرتب، وتاريخ الاستفادة من المرتب، وماذا يوقف لتنفيذه. وإمكانية التخفيض منه. وموت الموصى له بالمرتب. ونفاد المال الموقوف للمرتب.

1ـ تحديد مدة الوصية، قد تكون مدة الوصية محددة في الوصية بالنص عليها من طرف الموصي. كالوصية بألف درهم شهريا لأخيه مدة عشرين سنة أو ثلاثين. وقد تكون مطلقة، فتحمل على مدى الحياة عند المالكية، والحنفية[2]. وقد تكون محددة بمدى حياة الموصى له أو غيره. وقد تكون محددة بغير ذلك مثل الإنفاق على بنت أخيه حتى تتزوج. أو على ابن أخيه حتى ينهي دراسته، أو يجد عملا.

ففي الحالة الأولى لا مجال للاجتهاد في تحديد المدة للنص عليها. وفي الحالة الثانية والثالثة تحدد مدة الحياة بمدة التعمير.

وقد اختلف فيها الفقهاء على أقوال.

فقيل سبعون سنة. وقيل ثمانون. وقيل سبعون، وقيل مائة، وقيل بعمر أعمار أهل زمانه.

القول الأول لمالك من رواية أشهب. والثاني له من رواية ابن كنانة، والثالث لابن الماجشون، والرابع لمالك وأبي يوسف، والخامس لمالك أيضا[3].

1ـ الذخيرة 36/7 ـ 37 المنتقي 174/6.

2ـ الفتاوي الهندية 122/6 ـ الذخيرة 36/7 ـ 37.

3ـ الذخيرة 36/7 ـ 37 ـ المنتقى 164/6.

ومنشأ الخلاف كما قال القرافي: قوله صلى الله عليه وسلم: (أعمار أمتي ما بين الستين إلى السبعين)[1]، والنظر إلى أقصى العوائد[2]. فمن تمسك بلفظ الحديث حددها بسبعين. ومن نظر إلى الواقع المعتاد حددها بما رآه أقصى مدة الحياة، ووجه الباجي القول بالسبعين بأنها نهاية العمر المعتاد غالبا. والزيادة عليها نادرة. والنادر لا حكم له. كما وجه التحديد بالثمانين بأنه عمر قد يبلغه الإنسان مع الصحة والتصرف، والزيادة عليها شاذة. وصاحبها في حكم المريض: فكان التقدير بالثمانين أولى.

أما التحديد بمائة فوجهه بأن الأصل الحياة، فلا يقضى بالموت إلا باليقين. أو ما يقوم مقامه من العمر الذي لا يبلغه أحد في زمانه وهو المائة[3].

وقد وكل القانون المصري تحديد مدة الحياة إلى الأطباء حسب المادة 66.

2ـ تحديد مقدار المرتب. المرتب الموصى به قد يكون محددا بالنقود، كألف درهم كل شهر. أو عشرة دراهم كل يوم. والأمر في هذا واضح، حيث يضرب المرتب المسمى في مدة الوصية المعلومة بالنص في الوصية المؤقتة بوقت معلوم، أو المعلومة بالحكم في المؤقتة بمدى الحياة، ليعرف المبلغ الموصى به بالتمام.

أما إذا كان المرتب محددا بغير النقود. فإنه يحتاج أولا إلى تحديد المرتب بالنقود. ثم يضرب مبلغه في مدة الوصية. فيخرج المبلغ الموصى به كليا.

فإذا كانت الوصية بإطعام المساكين، أو المرضى كل يوم مائة وجبة، أو كسوة عشرين فقيرا كل شهر. فإنه يحتاج أولا إلى معرفة ثمن مائة وجبة، وثمن عشرين كسوة بالنقود، فإذا عرف ذلك ضرب في مدة الوصية، يخرج المبلغ الموصى به مدة الوصية.

واختلف إذا كانت الوصية بالنفقة. فقال الباجي تدخل فيها النفقة والكسوة والسكنى: وقال مالك يدخل فيها القوت والكسوة، وقال ابن أبي حاتم لا تدخل فيها الكسوة. لأن لفظ النفقة لا يتناولها عرفا. واللفظ محمول على عرف المخاطب كما يقول الأصوليون.

1ـ رواه الترمذي وقال حديث حسن غريب 387/3.

2ـ الذخيرة 36/7.

3ـ المنتقى 166/6.

وتختص النفقة بنفقة الموصى له على نفسه. ولا يدخل في ذلك نفقته على أهله وعياله، وقوفا مع لفظ الموصي[1].

3ـ مبدأ الاستفادة من المرتب، بالنسبة لهذه النقطة فإن الاستفادة من المرتب تبدأ من تاريخ وفاة الموصي، لأنه وقت لزوم الوصية، فإن مات الموصى له قبل تسلم مرتبه. فإنه يعطى لورثته بقدر ما عاش الموصى له بعد موت الموصي، لاستحقاقه بالموت. ويحاصص ورثته أصحاب الوصايا بما وجب لهم، كما يحاصص بذلك هو إذا بقي حيا[2].

4ـ وبالنسبة للنقطة الرابعة المتعلقة بمقدار ما يوقف من التركة لتنفيذ الوصية فإن هناك خلافا:

القول الأول: أنه يوقف ثلث التركة إذا لم يجز الورثة ذلك. وإذا كانت هناك وصية أخرى بمعلوم، فإن الموصى له بمرتب يحاصص بالثلث، وهو قول الليث ومعمر، روى عبد الرزاق عن معمر فيمن أوصى لزيد بثلث ماله، ولآخر بنفقته حتى يموت، أنه يوقف للموصى له بالنفقة نصف الثلث[3]. يريد والنصف الآخر لزيد. لأنه موصى له بالثلث، وصاحب النفقة هو موصى له بالثلث. فاقتسما الثلث بينهما انصافا، لتساويها في مقدار الوصية، وهو مذهب الحنفية أيضا.

القول الثاني: للمالكية أنه يوقف له مقدار المرتب ما لم يزد على الثلث، لأنه القدر الموصى به. والحق الواجب له. فلا يوقف أكثر منه، كما لا يوقف أكثر من الثلث إذا كان مجموع المرتبات يفوق الثلث، إلا برضا الورثة. فإذا كانت الوصية بمائة درهم كل شهر، أو كانت بالنفقة جملة، وقدرت بمائة درهم في الشهر. وكان الباقي له من العمر عشر سنين على مقتضى التعمير، وقف له اثنا عشر ألف درهم فقط. ولو كانت التركة مائة الف درهم على هذا القول.

1ـ المنتقى 166/6 ـ الذخيرة 37/7.

2ـ الذخيرة 126/7 ـ 149.

3ـ المحلى 323/9 ـ الفتاوي الهندية 258/6.

وإذا كانت هناك وصايا أخرى فإن الموصى له يحاصص باثني عشر الفا فقط أيضا، على هذا القول[1]. وعلى القول الأول يوقف ثلث التركة، ويحاصص بالثلث.

وقال الحنفية يحاصص صاحب المرتب بجميع المال إلا أنهم اختلفوا فيما بينهم في كيفية ذلك في حالة الإجازة والرد.

ففي حالة الإجازة يقسم المال بين الموصى له بالثلث, والموصى له بالنفقة مدى الحياة. على أربعة عند أبي يوسف ومحمد. للموصى له بالثلث الربع. والباقي للموصى له بالنفقة، وقال أبو حنيفة: يقسم على ستة. للموصى له بالثلث السدس، والباقي للموصى له بالنفقة يوقف له.

وفي حالة رد الورثة الزائد على الثلث، فإن الثلث يقسم بينهما نصفين عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: يقسم أرباعا: للموصى له بالثلث الربع، والباقي يوقف لصاحب النفقة[2].

وعلى كل حال فإن الجمهور متفقون على وقف ما ينوب الموصى له بالمرتب على يد عدل. وصرفه له شيئا فشيئا، كما أوصى بذلك الموصي، وخالف اصبغ. فقال: يسلم له ما ينوبه ينفقه على نفسه، ولا يوقف. والأول أصح، لأن الموصى له يستحق ذلك ما دام حيا. فإذا سلم إليه فقد يموت قبل الأجل، ويكون اتلف ذلك، فيضيع حق الورثة، أو أرباب الوصايا الآخرون[3].

5ـ التخفيض من المرتب. غير خفي أنه إذا لم يكن مع الوصية بالمرتب وصية أخرى أنه يجب تنفيذ المرتب المسمى دون زيادة أو نقص، ما دام الموقوف من التركة يفي بذلك.

فإذا لم يف بذلك لقلة الثلث، أو لمزاحمة الوصايا له في الثلث. فهل يحتفظ بالمرتب كما هو، ولو أدى ذلك إلى نفاد المال قبل انتهاء مدة الوصية، أو يخفض منه بمقدار النقص الطارئ، ليستمر المرتب طيلة المدة المحددة. هناك أقوال في مذهب مالك.

1ـ أنظر المنتقى 166/6.
2ـ الفتاوي الهندية 128/6.
3ـ المنتقى 166/6.

الاول: وجوب المحافظة على مبلغ المرتب كما أوصى به الموصي. ولو أدى ذلك لنفاد المال الموقوف قبل انتهاء مدة الوصية. وهذا قول مالك. وحجته أن الموصي قصد التوسعة على الموصى له. فلا يضيق عليه بضيق المال. ووجهه مطرف بأنه نص الموصي ولفظه. فلا يجوز تغييره وتبديله[1].

القول الثاني: وجوب تخفيض المرتب بقدر التخفيض الذي طرأ على الوصايا. فإذا انتقص النصف خفض المرتب بمقدار النصف. وإذا انتقص الثلث خفض المرتب إلى الثلثين. وهكذا. وهذا قول ابن كنانة. ولعل وجهه تعلق حق الورثة أو أرباب الوصايا الأخرى. لاحتمال وفاته قبل تمام المدة. فيعود الباقي إليهم، بخلاف ما لو بقي المرتب كاملا ، فقد يستهلك المال الموقوف قبل تمام المدة، وقبل وفاته. فيتضررون بالنقص من حقهم دونه.

إلا أنه يرد عليه أنه تبديل للوصية. وتغيير لها. وإضرار بالموصى له بالنقص من راتبه المسمى له.

والقول الثالث: التفصيل واختلاف الحكم باختلاف قصد الموصي، فإن كان الحامل له على التقسيط خوف تبذيره إذا يسلم له، فإنه يقسط له كاملا غير منقوص، لأن الموصي قصد التوسعة عليه، ولم يمنعه من إعطائه المال دفعة واحدة إلا خوف تبذيره. وإن كان قصد الرفق بالورثة ليخرجوا المرتب من غلة الرقاب، ولا يبيعوها عجل له الجميع. وإن أشكل لم يعجل وحمل على الظاهر.

والقول الرابع: لأصبغ انه يعجل له الجميع[2]، فإذا أوصى بعشرين درهما لشخص، وبعشرة للآخر، ولأخيه بدرهم كل شهر، وكان جميع ما يحتاجه في مدة التعمير ثلاثين، والتركة كلها مائة وعشرون، فإن الثلث هنا أربعون، وهو لا يسع جميع الوصايا. فيقسم على الوصايا الثلاث بحسب الحصص للموصى له بالنفقة عشرون. وللموصى له بالعشرة سنة وثلثان، وللموصى له بالعشرين ثلاثة عشر وثلث، فقد انتقص لكل واحد ثلث وصيته.

1- انظر الذخيرة 127/7 ـ 126.

2- نفس المرجع 37/7 ـ المنتقى 167/6.

فعلى قول مالك ينفق على الموصى له بالنفقة درهم في كل يوم. مراعاة للفظ الموصي وقصده، أما لفظه فقد أوصى له بدرهم كل يوم. وأما قصده فإن قصد الموصي التوسعة على الموصى له. ولذلك أوصى له بدرهم كل يوم. لأنه كان يظن كفايته. فلا ينقص له منه.

وعلى قول ابن كنانة ينفق عليه ثلثا درهم فقط. مراعاة للنقص الذي طرأ على نصيبه في الثلث، وعلى قول اصبغ تعجل له العشرون التي نابته في المحاصة. على أنها مال من ماله يتصرف فيها كيف يشاء، وعلى القول الثالث ينظر لقصد الموصي، فإن كان قصده الرفق بالورثة فإنها تعجل للموصى له. وإن كان قصده الرفق بالموصى له، والمحافظة على ماله بتقسيط الوصية له، ليلا يبذرها إذا تسلمها جملة، فإنها تقسط له، ولا ينقص له من المرتب المسمى له حتى ينفد المال الموقوف.

ونشير في نهاية هذه النقطة إلى قول الحنفية أنه إذا كانت الوصية بالثلث مثلا . لينفق على الموصى له منه كل شهر مبلغا معينا. كمائة مثلا فإن الموصى له يعطى الثلث عاجلا . يفعل به ما يشاء. ولا يوقف لينفق عليه مقسطا، كما أنه إذا كانت معه وصايا أخرى فإنه يعطى ما ينوبه في المحاصة يفعل به ما يشاء أيضا، ومن مات فنصيبه ميراث لورثته في الحالتين، لأن الوصية هنا من قبيل الوصية بالثلث، يملكه الموصى له بموت الموصي، اعتبارا بأول الكلام، ومذهب المالكية أن الباقي لورثة الموصي. فقد قال ابن القاسم فيمن أوصى بمائة ينفق منها على رجل كل عام كذا، وعليه دين: فقال غرماؤه: عمروه لنأخذ الفضل لم يجابوا لذلك، لأن الفضل لورثة الموصي. اعتبارا بآخر الكلام[1].

6ـ موت الموصى له بالمرتب، يتفق المالكية والحنفية على بطلان الوصية بالمرتب إذا مات الموصى له. سواء كان المرتب لمدة معلومة، أو لمدى الحياة، أو مطلقا. ووجهه أن الموصي لم يرد تمليك الموصى له جميع المال المرصد للمرتب. بل أراد إنفاقه عليه شيئا فشيئا. فإذا مات انقطع، ولا يورث عنه[2].

1ـ الفتاوي الهندية 129/6 ـ الذخيرة 127/7.

2ـ انظر الذخيرة 127/7 الفتاوي الهندية 128/6.

ولكن متى يبتدئ البطلان؟ وماذا يفعل بالمال الباقي؟

أما مبدأ سريان مفعول البطلان فمن تاريخ وفاة الموصى له. ويترتب على ذلك أنه إذا مات أثناء مدة المرتب، فإن ورثته يستحقون من المرتب بقدر ما مضى من المدة.

فإذا كانت الوصية بعشرين ألفا كل سنة فمات بعد ستة أشهر من السنة، فإن ورثته يستحقون نصف المرتب. وإذا مات بعد أربعة أشهر استحقوا ثلث المرتب وهكذا[1].

وأما بالنسبة للباقي فإنه يعطى لأرباب الوصايا الذين حاصصهم صاحب المرتب لتكملة النقص الذي لحق وصاياهم بسبب المحاصة. فإن استكملوا وصاياهم وبقي شيء فهو للورثة، كما أنه إذا لم تكن معه وصايا، أو كانت ولم يلحقها نقص، فإن الباقي يرد للورثة أيضا، وقيل لا يرجع للورثة[2].

ويستثنى من قاعدة رجوع الباقي للورثة. أو أرباب الوصايا. ما إذا كان المرتب الموصى به وصي به لاثنين، فأكثر في وصية واحدة. فإنه إذا مات أحد الموصى لهم فإن نصيبه يعود لشريكه في المرتب. لا لورثة الموصي. ولا لورثة الموصى له. ولا لأرباب الوصايا الأخرى إن كانت. كما لو أوصى لبنات أخيه بألف درهم كل شهر. وهن ثلاث بنات. فإنه إذا ماتت واحدة فإن نصيبها يعود للبنتين الباقيتين. وإذا ماتت الثانية كان نصيبها للبنت الباقية. تأخذ الألف وحدها. فإذا ماتت عاد الباقي لأرباب الوصايا. أو لورثة الموصي على التفصيل السابق.

واختلف إذا سمى لكل واحد من الموصى لهم مسبقا. مثل وصيته لخالتيه بألفين كل شهر. لكل واحدة ألف، فقال المالكية: من مات فنصيبه لورثة الميت، وقال الحنفية: من مات فنصيبه للباقي. لاشتراكهما في الوصية، وحجة المالكية أنه سمى لكل واحدة مبلغا. والتسمية لا يزاد عليها. وقوفا مع لفظ الموصي[3].

---

1 ـ الذخيرة 125/7.

2 ـ نفس المرجع 37/7 الفتاوي الهندية 128/6 ـ 129.

3 ـ انظر الذخيرة 37/7 ـ 127 الفتاوي الهندية 128/6 ـ 129.

7ـ نفاذ المال الموقوف[1]، كما قلنا سابقا: الصحيح أنه يوقف ما ينوب الموصى له بالمرتب على يد عدل. ينفق منه عليه شيئا، فشيئا بحسب الوصية. ولا يسلم له، فإن نفد المال قبل وفاته وعاش بعد مدة التعمير المقدرة له فإنه لا يرجع بشيء عند ابن القاسم. لا على الورثة، ولا أصحاب الوصايا. ولا يفرض له في العمر الباقي. لأن ذلك بمنزلة حكم صدر، فلا سبيل لنقضه.

وقال أشهب يستأنف التعمير، وهو الأصح. لأنه حكم تبين خطؤه، فيجب نقضه. وتمكين الموصى له من حقه في المرتب للمدة الباقية من حياته, ولأن لفظ الوصية يقتضي تمتيعه بمرتبه طول حياته. فحرمانه منه في آخر عمره إضرار به، وظلم له. ومخالفة للفظ الوصية. وتبديل لها، وكل ذلك لا يجوز.

وهو الموافق للقياس على موته قبل نفاد وصيته. فإن الباقي يرد إلى الورثة، أو أرباب الوصايا وينتقص الحكم بوقفها له. وتخصيصه بها. فإذا كان الورثة أو أرباب الوصايا يرجعون عليه إذا فضل شيء عن حياته، فإنه يجب أن يرجع عليهم إذا لم يكفه ما نابه لحياته، وقد انتقد غير واحد تفرقة ابن القاسم بين موته قبل تمام مدة التعمير، وبين عيشه بعدها، بأنه غير مستقيم.

وقد أخذ القانون المصري في مادته 66 بقول ابن القاسم، على ما فيه من ضعف، وحيف، ومخالفة للقياس.

المطلب الثالث:

في الوصية بمرتب من غلة التركة

الوصية بمرتب من الغلة نوع من الوصية بالمنافع. ومذهب الأئمة الأربعة جوازها. كما سبق. إلا أنهم اختلفوا هنا في كيفية تنفيذها. فقال جمهور الحنفية: يوقف ثلث التركة ليؤخذ منه، ومن غلاته ما يؤدى منه المرتب الموصى به. لأن الوصية بالمرتب وصية بجميع المال عندهم[2].

1ـ انظر المنتقي 167/6.

2ـ انظر البدائع 390/7 ـ الفقه الإسلامي وأدلته 97/8.

وقال أبو يوسف: يوقف من الثلث ما تفي غلته بالمرتب المسمى في المدة المعلومة. ولا يوقف ما زاد على ذلك، لعدم الحاجة إليه. ولأن المطلوب ضمان تنفيذ الوصية. وذلك حاصل بوقف ما يغل المرتب[1].

وقال المالكية أيضا: يوقف ما يغل المرتب ولا توقف التركة كلها. وللورثة أن يقتسموا جميع التركة إذا التزموا في ذمتهم المرتب الموصى به. إذا كانوا ثقاة، مامونين[2].

المطلب الرابع:

الوصية بمرتب من غلة عين معينة من التركة

مثل الوصية بألف درهم كل شهر من كراء عمارته رقم كذا، أو سفينته الفلانية. أو الوصية بعشرة أو سق من ثمر بستانه الموجود بكذا، أو خمسة أطنان من زرع أرضه ذات الرسم العقاري كذا، ونحو ذلك.

والحكم يختلف فيها باختلاف العين الموصى من غلتها ونوع الموصى له. فقد تكون العين يحملها الثلث، وقد تكون لا يحملها الثلث. كما أن الموصى له قد يكون معينا كزيد وعمرو. وقد يكون غير معين كالفقراء، والمساجد، لذلك نقسم هذا المطلب إلى فرعين الأول في العين التي يحملها الثلث. والثاني في العين التي لا يحملها الثلث.

الفرع الأول في الوصية بمرتب من عين يحملها الثلث:

ونتحدث عنها من وجوه: وقف العين الموصى بالمرتب منها، ووقف غلتها، ونقصان الغلة. وموت الموصى له، وهلاك العين الموصى فيها.

بالنسبة للنقطة الأولى المتعلقة بوقف العين الموصى بالرتب من غلتها فإن هناك خلافا[3].

1- الفقه الإسلامي 97/8.

2- انظر الذخيرة 125/7 - المعيار 508/9 - 509.

3- انظر المغني 64/6 - نهاية المحتاج 88/6 - أحكام الوصايا والأوقاف ص 218 الذخيرة 129/7.

مذهب الشافعية والحنابلة أنه يتعين وقف العين بكاملها، ولو كانت تغل أكثر من المرتب، لتعلق حق الموصى له بغلتها. ولاحتمال نقصان الغلة في المستقبل. فلا يبقى ما يفي بالمرتب، وقيل يوقف منها بقدر ما تفي غلته بالمرتب، لأن في وقفها كلها ضررا على الورثة. وبه أخذ القانون المصري...

وفرق المالكية بين الوصية بمرتب نقدي دراهم، أو دنانير. وبين المرتب من الثمار كخمسة أو سق من ثمار بستانه.

فإذا كان المرتب بدراهم أو دنانير فإن الورثة لا يلزمهم إيقاف العين إذا التزموا المرتب، وكانوا ثقات مياسير، وإن لم يرض الموصى له بذلك.

أما إذا كانت الوصية بمرتب من ثمار الأشجار فإنه يلزمهم إيقاف العين، وإن التزموا بدفع المرتب إلا أن يرضى الموصى له. والفرق بين المرتب النقدي، والمرتب من الثمر، أن الدراهم والدنانير لا تتعلق الأغراض بعينها، فإن التزم الورثة دفعها وهم أمناء لزم الموصى له القبول، لأنه لا فرق بين الدراهم والدنانير من غلة العين الموصى بمرتب من غلتها، وبين الدراهم والدنانير التي يعطيها الورثة من غير غلتها.

وهذا بخلاف الثمار والزروع فإن الأغراض تختلف فيها. وتتعلق بعينها.

وثانيا الموصى له بنصيب من الثمار شريك في الغلة، فلا يجوز للورثة تحويل حقه إلى غيرها إلا برضاه. لأنها معاوضة فلا يجبر عليها.

وإذا علم أن مقصود الموصي من الوصية بالمرتب هو المحافظة على حق الموصى له مقسطا خشية تضييعه لم تجز مصالحته على غيرها ولو رضي بذلك.

وبالنسبة لنقصان الغلة في بعض الأعوام أو انعدامها فإن هناك تفصيلا في مذهب مالك بحسب صيغة الوصية[1]. فقد تكون بلفظ يفيد الدفع من الغلة كل سنة، أو كل شهر، مثل اعطوه الف درهم كل شهر من غلة أرضي الفلانية. فإن هذه الصيغة تفيد إخراج الوصية من جميع الغلة. كما قد تكون الوصية بصيغة تقتضي الدفع من غلة كل سنة أو شهر. مثل اعطوه مائة من غلة كل عام، أو أوصيت له بعشرة من كراء كل شهر.

[1]ـ انظر المدونة 309/4 ـ 310 ـ الذخيرة 125/7.

ففي الصيغة الأولى، يأخذ الموصى له مرتبه من الغلة الحالة، فإذا لم تغل في السنوات اللاحقة، أو أغلت أقل من مرتبه فإنه يرجع على الورثة فيما أخذوه من الغلة السابقة، فإن لم يف بذلك فإنه يرجع في الغلة القادمة. فإذا اوصى له بألف كل شهر من كراء عماراته فأكريت بعشرة آلاف في السنة الأولى فأخذ الألف. وأخذ الورثة التسعة آلاف ثم لم تكر في الشهور اللاحقة فإنه يرجع على الورثة بما أخذوه، لأن الوصية مقدمة على الميراث.

وإذا كانت الوصية بعشرة أوسق كل سنة من ثمار نخيله، فلم يغل النخل خمس سنوات ثم أغل بعد ذلك، فإن الموصى له يأخذ وصيته ومرتبه للسنوات الخمس الماضية، وللسنة الحالية. فإن فضل شيء كان للورثة. وإن لم يف محصول هذه السنة بالمرتبات الماضية، فإنه يأخذه كله ويرجع بالباقي في الغلة القادمة، وهكذا.

وهذا بخلاف الصيغة الثانية المقرونة بمن الدالة على التبعيض. مثل أعطوه من غلة كل سنة فإنه في هذه الحالة ليس له الأخذ إلا من الغلة الحاضرة، وليس له الرجوع في الغلة الماضية، ولا في الغلة اللاحقة، إذا لم تف الغلة الحاضرة بمرتبه، أو لم تغل في بعض السنوات[1].

وبالنسبة لإيقاف الغلة الزائدة على المرتب فإنه لا وجه لوقفها في الصورة الثانية، لأن الموصى له لا رجوع له في الغلة الماضية كما رأينا.

بخلاف الصورة الأولى فإنه لما كان له الحق في الرجوع في الغلة الماضية، ويقدم على الورثة فيها، فهل له الحق في المطالبة بوقف الغلة، أو تعجيلها كلها له، خشية أن يستهلك الورثة ما يأخذونه، ولا يجد ما يرجع به عليهم إذا أفلسوا، أو تنقطع الغلة، أو تقل في المستقبل. ومذهب الحنفية أن الغلة توقف ويصرف على الموصى له مرتبه حتى تنتهي الوصية، فإن فضل شيء من الغلة أعطى للورثة، أو للموصى له بالرقبة. فقد قالوا فيمن اوصى لرجل من غلة عبده كل شهر بدرهم، وللآخر بثلث ماله، ولا مال له غير العبد، فإن ثلث العبد بينهما نصفان عند أبي حنيفة، وعلى أربعة عند صاحبيه، إلا انهم يتفقون على أن نصيب الموصى له بالثلث يسلم إليه. ونصيب الموصى له بالمرتب

---

[1] ـ المدونة 310/4.

يحبس، وينفق منه على الموصى له كل شهر درهما، وقوفا مع لفظ الوصية. فإن مات الموصى له بالمرتب وبقي شيء من الغلة رد ذلك إلى صاحب الرقبة[1].

وفرق المالكية بين العين المامونة غلتها، والعين التي يخشى بوارها، أو نقصان غلتها، كما فرقوا بين الوارث المأمون، وغير المأمون. فقالوا: إذا كانت العين الموصى بغلتها مامونة لا يخشى بوارها. ولا نقصان غلتها عن المرتب. فإن الزائد على المرتب يأخذه الورثة، ولا يوقف لأنه لا فائدة في وقفه. وفي ذلك ضرر على الورثة بحبس حقهم عنهم.

وإن كانت العين الموصى بغلتها يخشى أن لا تغل في المستقبل ما يفي بالمرتب، فإنه يوقف من الغلة بقدر ما يخاف نقصه عن المرتب، إلا أن يكون الوارث مأمونا، غير ملد، ولا ممتنع. ورضي أن يأخذ الزائد في ذمته فيكون أحق به، لأن له فيه شبهة الملك. ولا فائدة للموصى له في وقفه[2].

وقال عبد الحق إذا أراد تعجيل مرتبه وشاحه الورثة فإنه ينبغي أن يكون له بحساب ما مضي من السنة قياسا على كراء الدور والدواب[3].

وبالنسبة لهلاك العين الموصى بمرتب من غلتها فإنها إذا هلكت أو بارت يرجع الموصى له بالمرتب في الغلة الماضية يستوفي منها مرتبه حتى تنتهي الوصية. فإذا أوصى له بألف درهم كل سنة من غلة عمارته أو سفينته. فأغلت الدار أو السفينة عشرة ملا يين في سنتها الأولى ثم انهدمت الدار أو غرقت السفينة فإن الموصى له يأخذ مرتبه كاملا مقسطا، سنة بعد سنة من الملا يين العشرة، حتى تنهي ويرجع على الورثة. ولا يبطل حقه بهلاك الموصى بمرتب من غلته، إلا إذا هلك ولا غلة له.

كما أنه إذا هلكت الغلة كلها ولم يبق منها إلا قدر المرتب الموصى به فإن الموصى له يأخذه، عملا بقاعدة تقديم الوصية على الإرث. وإن مات أثناء المدة فله من المرتب بحسب ما مضى من المدة[4].

---

1 ـ انظر الفتاوي الهندية 126/6 ـ 129 البدائع 391/7 ـ 392.

2 ـ انظر الذخيرة 125/7 ـ 128 الحطاب 40/6.

3 ـ الذخيرة 125/7.

4 ـ المدونة 310/4 ـ الذخيرة 125/7.

الفرع الثاني في الوصية بمرتب من غلة عين لا يحملها الثلث:

وهي مسألة اختلف فيها الفقهاء. مذهب المالكية أن الورثة يخيرون إما أن يجيزوا الوصية كما هي، وإما أن يعطوا الموصى له الثلث شائعا في كل ما تركه الميت، إذا كانت الوصية لمعين. فإن كانت لغير معين كالفقراء، والمساكين فإنهم يخيرون في إجازتها أو قطع الثلث بتلا في العين الموصى بمرتب من غلتها[1].

ومذهب الحنابلة انه يوقف ما يحمله الثلث. وللورثة بيع ما زاد عليه. فإن أغل الثلث الموقوف قدر المرتب، أو أقل فهو للموصى له. وإن أغل أكثر فالزائد للورثة، لأن الوصية بمرتب محدد، فلا يزاد عليه[2].

وقال ابن تيمية ليس للموصى له إلا الأقل من الراتب المسمى أو ثلث غلة العين الموصى بمرتب من غلتها، كمن أوصى بدرهم كل يوم من غلة داره، فإن كانت غلتها ثلاثة دراهم أعطى درهما. وإن كانت أقل من ذلك لم يعط إلا ثلث الغلة. أما إذا كانت أكثر من ذلك فليس له إلا الدرهم المسمى، لأنه الأقل[3]. وفرق بين غلة الثلث، وثلث الغلة، وقال الحنفية يوقف ثلث غلته، وينفق منها على الموصى له بمرتب. فإذا مات دفع ما بقى من الغلة لورثة الميت[4].

1ـ الذخيرة 125/7 ـ 130.

2ـ المغني 64/6.

3ـ مجموع فتاوي ابن تيمية 314/31.

4ـ انظر الفتاوي الهندية 128/6.

المبحث الخامس:
الوصية بتصديق المدعي في دعواه

من القواعد العامة في الدعاوي أن البينة على المدعي. وأنه لا يصدق أحد في دعواه على أحد. وأن الإنسان مؤاخذ بإقراره. وأن يمين القضاء واجبة في الدعوى على الميت وإن كان الحق ثابتا ببينة، وللتهرب من مقتضيات هذه القواعد والأحكام قد يلجأ المدين إلى الوصية بتصديق الدائن في دعواه. أو يشترط الدائن ذلك في عقد المداينة في حياة المدين، فهل ينتفع القائم بهذه الوصية، أو هذا الشرط. فيصدق في دعواه على الميت، ويقضى له بها دون بينة، أو يمين، تنفيذا للوصية، وعملا بالشرط، وأخذا بقوله تعالى: ﴿**فمن بدله بعدما سمعه فإنما إثمه على الذين يبدلونه**﴾[1]. وقول صلى الله عليه وسلم: المسلمون على شروطهم[2].

هذا ما سنراه من خلال هذا المبحث الذي نقسمه إلى ثمانية مطالب حسب طبيعة كل وصية، وصيغتها، وما ورد فيها من أقوال:

1ـ الوصية بتصديق الدائن في قدر الدين. وبقائه في ذمة المدين بعد اعتراف الموصي بالمداينة مع الموصى له. مثل قوله: كنت أداين فلانا، فما ادعاه علي من دين فصدقوه، وأعطوه له من دون يمين، أو قال فصدقوه ولم يقل بيمين، أو بدون يمين.

وقد اختلف فيها المذهب على قولين: الأول أنه يصدق بدون يمين. والثاني أنه لا يصدق إلا بيمين، ولو أوصى بتصديقه دون يمين. وسبب الخلاف اختلاف الفقهاء في يمين التهمة. فمن قال بوجوبها قال: لا يصدق إلا بيمين، ومن قال بعدم توجهها قال يصدق بدون يمين[3]. وقال الحنفية: يصدق في حدود الثلث إذا كان مريضا[4]. بناء على أصلهم في بطلان إقرار المريض فيما زاد على الثلث.

1ـ من الآية 181 البقرة.

2ـ سبق تخريجه.

3ـ التبصرة 269/1 الرهوني 286/8 ابن سلمون 165/2.

4ـ االفتاوي الخانية 447/6.

2ـ الاعتراف بقدر الدين والوصية بدفعه لفلان الدائن بدون يمين، مثل أن يقول لفلان علي الف درهم. فاعطوه له. وصدقوه في عدم قبضه. سواء قال بيمين أو بدون يمين. وقد اختلف فيها على قولين مثل الأولى. فأفتى فيها ابن القطان بتصديق الدائن بدون يمين، قياسا على المسألة الأولى. ووقوفا مع وصية الميت. وأفتى فيها ابن عتاب وغيره بلزوم اليمين، محتجا بأن المال صار لغير الميت، وانتقل الحق فيه للورثة. فلابد من اليمين، وبه جرى العمل، ومحل الخلاف إذا كان الموصى له وارثا مطلقا. أو كان أجنبيا. والدين أكثر من الثلث، وإلا فلا يمين عليه اتفاقا[1].

3ـ الاعتراف بقدر الدين، والوصية بتصديق الدائن فيما يقول، مثل التي قبلها إلا أن الدائن هنا يدعي أكثر مما أقر به المدين الموصي، كما لو أقر بأربعين وأوصى بتصديقه، فادعى الموصى له مائة، أو خمسين، وقد قال مالك في هذه يحلف الموصى له، ويأخذ ما ادعاه، وإن كان أكثر مما اقر له به[2].

4ـ الاعتراف بأصل المعاملة بينه وبين شخص والوصية بتصديقه فيما يدعيه من الدين قبله.

وتختلف هذه الصورة عن الأولى في أن الأولى اعترف فيها بالمداينة. وفي هذه لم يعترف إلا بأصل المعاملة. كما لو قال كنت أعامل فلانا. أو أتعامل مع فلان فما ادعاه فصدقوه فيه.

وقد اختلف فيها قول ابن القاسم وغيره. فقال ابن القاسم: إن ادعى ما يشبه معاملة مثله لمثله أعطيه من رأس المال، وان ادعى مالا يشبه بطلت الوصية، ولا تكون في رأس المال. ولا في الثلث، وقال اصبغ: يعطى ما يشبه، ويبطل الزائد على ذلك. ولا يبطل الجميع. وتأول قول مالك وابن القاسم على ذلك. ورأى أن الشبه حجة له، عليه. فهو شهادة للمقر له فيما يشبه فيعطاه، وشهادة على كذبه في الزيادة على ما يشبه، فلا يعطاه. وفي رواية عن ابن القاسم: يصدق المقر له. ويعطى ما ادعاه بدون يمين. ولم يفرق بين ما يشبه وما لا يشبه. [3]

---

[1]ـ ابن سلمون 165/2 مواهب الخلاق 46/2 ـ المعيار 390/9.

[2]ـ التبصرة 269/1.

[3]ـ0 التبصرة 270/1 الذخيرة 61/7 المعيار 388/9 ـ 389.

والأولى حمل هذه الرواية على الرواية الأولى، عملا بقاعدة حمل المطلق على المقيد. وبقاعدة الجمع بين الروايات أولى متى أمكن.

5ـ الوصية بتصديق كل من يدعي عليه دينا. وإعطائه له بدون يمين، أو بيمين، من غير تعيين شخص الدائن. ولا تحديد قدر الدين، كأن يقول: كل من يدعي علي بدين فصدقوه فيما يقول.

وقد اختلف فيها. فقال أصبغ تنفذ وصيته في حدود الثلث. ولا تنفذ من رأس المال معاملة لها معاملة الوصية بالمال، لا معاملة الإقرار بالدين، ولذلك حدها بالثلث[1]، وهو قول الشافعية.

وقال أكثر الحنفية: الوصية باطلة. لا يلزم بها شيء[2].

فإن سمي قدر الدين ولم يعين الدائن، كما لو قال: كل من ادعى علي بألف درهم فصدقوه. فإنه يخرج من رأس المال، كسائر الإقرارات بالدين. كل ما في الأمر أنه لم يعين المقر له. وذلك لا يضر. فيعزل الألف المقر به، حتى يعلم من يدعيه فيعطاه. فإذا جاءت جماعة كل يدعي أن له عليه ألفا تحاصوا فيه[3].

6ـ الوصية بتصديق كل من يشهد له ابنه أو أخوه مثلا بدين عليه من غير تعيين المقر له. سواء حدد مقدار الدين أم لا. كما لو قال: علي ديون. وولدي يعرف أصحابها. فمن بين له شيئا فصدقوه. أو قال: كل من شهد له ابني بدين علي أو بألف درهم دينا علي فصدقوه.

وقد اختلف فيها، فقال ابن القاسم: يصدق ابنه إن كان عدلا. ويعطى من شهد له الابن بالدين على أبيه مع اليمين. ولو شهد لبعض الورثة. عملا بوصية الميت. وتنفيذا لها على الإطلاق، بشرط أن يكون الابن الشاهد بالدين عدلا. لأنه سماه شاهدا وبذلك يكون المقر له أخذ حقه بمقتضى الشاهد واليمين، فلا يختص الحكم بكون الدين ثلث الميت، أو أكثر، كسائر الديون الثابتة بالبينة.

1ـ الذخيرة 61/7 ـ التبصرة 270/1.

2ـ الفتاوي الخانية 447/6.

3ـ التبصرة 270/1.

فإن كان الابن غير عدل، أو نكل المشهود له عن اليمين بطلت الوصية. ولزم الابن نصيبه من الدين الذي أقر به، مؤاخذة له بإقراره، إلا أن يكون سفيها فإنه لا يلزمه شيء لبطلان إقراره. ولا يستحق معه المقر له لسقوط شهادته.

وقال اصبغ: يصدق الابن مطلقا، كان عدلا أو غير عدل. ويعمل بشهادته، ويأخذ المشهود له ما أقر له به من التركة، وهو الأظهر لأن المقر له يأخذ الدين بمقتضى إقرار المدين به. لا بمقتضى شهادة الابن به. وإذا كان كذلك فلا وجه لاشتراط العدالة في الابن، لأنه ليس شاهدا، وإنما هو مبين شخص المقر له الذي لم يعينه الأب في إقراره لسبب من الأسباب[1].

7ـ وصية الشركاء والخلطاء في حياتهم بعضهم لبعض أن من مات منهم فإن الحي يصدق في كل شيء يدعيه. ولا تسمع بينة ضده، وهي وصية باطلة، واتفاق لاغ. ولورثة الميت مطالبة الحي بالبينات والحلف. حسبما تقتضيه الأحكام. ولا يلزمهم ما وصى به مورثهم والتزمه في حياته من تصديق الحي في دعاويه[2].

8ـ الوصية بتصديق أصحاب الأمانات المعينة التي يقربها في صحته، أو مرضه مثل الوديعة والقراض، والرهن، والمغصوب، والمسروق ونحو ذلك. وهي وصية صحيحة لازمة، وتدفع المعينات المقر بها لأصحابها دون يمين[3].

1ـ الرهوني 286/8 ـ المعيار 388/9.

2ـ مواهب الخلاق 50/2 النوازل الصغرى 534/4.

3ـ مواهب الخلاق 50/2 .

المبحث السادس:
الوصية بالعبادات

نخصص هذا المبحث للوصية ببعض العبادات التي يرغب الموصي في فعلها عنه بعد موته، لتفريطه فيها، أو رغبته في استمرارها بعد موته. ونقسمه إلى ثلاثة مطالب، حسب نوع العبادة الموصى بها. فقد تكون عبادة بدنية محضة، أو مالية محضة، أو مالية بدنية مركبة منهما.

المطلب الأول:
في الوصية بالعبادة البدنية مثل الصلاة والصوم والإيمان

وهذه لا تقبل النيابة. فلا يصلي أحد عن أحد، ولا يصوم عنه، ولا يسلم، أو يومن، أو يتوب أحد عن أحد. ولذلك لا تصح الوصية بها. ويرد المال الموصى به لمن يصوم، أو يصلي، أو يومن عن الميت، ويرجع ميراثا[1].

واختلف في الوصية بمال لمن يقرأ القرآن على قبره، أو يذكر الله عنه، أو يهلله[2]. فقال الحنفية، الوصية باطلة. سواء أوصى لمعين، أو لغير معين على المشهور عندهم، ولهم قول آخر بصحتها إذا كانت الوصية لمعين، على أن يأخذ المال الموصى به على وجه البر والصلة، لا على وجه الإجارة.

وقال الشافعية بالجواز، سواء كانت الوصية لمعين أو غيره. وللمالكية قولان، بالكراهة، والجواز. وبه جرى العمل.

واختلف القائلون بالجواز، فقال بعض المالكية يجب تعيين القراءة، لأنها إجارة. والإجارة لابد فيها من تعيين الأجرة، والمدة أو العمل، وإلا فسدت.

1_ انظر الزرقاني 176/8 نهاية المحتاج 93/6.

2_ انظر المعيار 405/9 الزرقاني 176/8 فتاوي ابن تيمية 41/31 _ 42 _ نهاية المحتاج 93/6 الفقه على المذاهب الأربعة 329/3. الفتاوي الهندية 96/6 _ الشرح الكبير 10/2.

وقال الشافعية إذا أوصى لمن يقرأ على قبره بمال، ولم يعين المدة فإن الوصية تصح. ولا يستحق الموصى به إلا من قرأ على قبره مدة حياته. وقال بعض الشافعية إن عين المدة لم يستحق الموصى به إلا من قرأ كل المدة. وإن لم يعين المدة، لم تصح[1].

ومنشأ الخلاف في أصل الوصية بالقراءة والاذكار. هو الخلاف في وصول ثواب ذلك إلى الموصي وعدم وصوله من جهة. وجواز الاستيجار على القرب. وعدمه، وهما مسألتان خلافيتان[2]. فمن رأى وصول ثواب القراءة إلى الميت، وانه لا كراهة في الإجارة على القرب، أجاز الوصية بذلك، ومن رأى أن ثواب القراءة يحصل للقارئ، ولا يحصل للمقروء عنه، أو أن الإجارة على القرب ممنوعة، قال بمنع الوصية بالعبادة البدنية، أو كراهة ذلك، قال هنا بمنع الوصية بالقراءة، كما يراه جمهور الحنفية، أو بكراهتها كما يقول المالكية، وحجة المانعين ظاهر قوله تعالى: ﴿**وأن ليس للإنسان إلا ما سعى**﴾[3] ﴿**لها ما كسبت**﴾[4] وحديث إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث، صدقة جارية أو ولد صالح يدعو له[5]. وبأنه ليس من عمل السلف الصالح. وقد قال صلى الله عليه وسلم: "من أحدث في أمرنا هذا ما ليس فيه فهو رد" [6].

واحتج المجيزون بحديث: إن الله يرفع درجة العبد في الجنة باستغفار ولده له[7]. وقالوا انه مخصص. أو ناسخ لعموم آية (وأن ليس للإنسان إلا ما سعى) بناء على جواز تخصيص الكتاب ونسخه بخبر الآحاد. كما أجابوا عنها بأنها محمولة على الكافر. وبأن معناها لاحق له إلا فيما سعى. وأما[8] ما سعاه غيره عنه فهو له بفضل الله وليس حقا له. وبأنها منسوخة بآية: ﴿**والذين آمنوا واتبعتم ذريتهم بإيمان الحقنا بهم ذرياتهم**﴾[9].

---

[1] - نوازل العلمي 85/3 ـ 86 نهاية المحتاج وحواشيه 92/6.
[2] - انظر فتاوي ابن تيمية 41/31 ـ 42 الخرشي وحواشيه 206/2 الفقه على المذاهب الأربعة 329/3.
[3] - من الآية 29 النجم.
[4] - من الآية 46 البقرة.
[5] - رواه الجماعة إلا البخاري وابن ماجة نيل الأوطار 20/6 سنن أبي داود 117/3.
[6] - رواه البخاري انظر الفتح 301/5.
[7] - أخرجه أحمد. انظر مختصر ابن كثير 391/3.
[8] - انظر نهاية المحتاج 92/6 ـ جامع أحكام القرآن 74/17 ـ 75.
[9] - من الآية 21 الطور.

المطلب الثاني:

الوصية بالعبادات المالية

بالنسبة لهذا النوع من العبادات هناك اتفاق بين المذاهب الأربعة على صحة الوصية بها، ومشروعيتها، مثل الزكاة بأنواعها، والكفارات على اختلافها، وجزاء الصيد، والهدي، والفدية في الحج والعمرة، والنذور، فهذه العبادات إذا فرط فيها من وجبت عليه، واوصى بإخراجها عنه في صحته، أو مرضه فإنه يعمل بوصيته عند الجميع، إلا أنه اختلف من أين تخرج.

فقال الشافعية والظاهرية تخرج من رأس المال، وإن لم يوص بها[1]. وقال الحنفية تخرج من الثلث إن أوصى بها[2]. وفرق المالكية بين ما أشهد الميت ببقائه في ذمته وهو صحيح، وبين ما أشهد ببقائه في ذمته في حال مرضه، أو لم يشهد به، كما فرقوا بين الزكاة الماضية، والزكاة الحاضرة على النحو التالي[3].

فكل ما أشهد ببقائه في ذمته في حال صحته، أو علم أنه لم يخرجه فإنه يخرج من رأس المال، أوصى به أو لم يوص. سواء في ذلك الزكاة الماضية، وغيرها من الواجبات المالية، مثل الكفارة والهدي وغيرهما. بخلاف ما أوصى به ولم يشهد ببقائه في ذمته، أو أشهد به في مرض موته فإنه يخرج من الثلث.

وأما الزكاة الحاضرة فإن زكاة الحرث والماشية تخرج من رأس المال، وإن لم يوص بها مطلقا. كما أن زكاة العين تخرج من رأس المال أيضا إذا اعترف بحلولها، وأوصى بإخراجها في صحته أو مرضه. وإن أوصى بها ولم يعترف بحلولها فإنها تخرج من الثلث، أما إذا لم يعترف بحلولها ولم يوص بها، أو اعترف بحلولها ولم يوص بها، فإنها لا تخرج من ثلثه ولا رأس ماله، إلا أن يشاء الورثة.

1- انظر المحلى 338/9. البداية 337/2.

2- الفقه على المذاهب الأربعة 327/3. الفتاوي الهندية 114/6.

3- المدونة 309/4. انظر مختصر خليل بشرح الزرقاني وبناني 192/8.

احتج القائلون بإخراجها من رأس المال بقوله تعالى:﴿ **من بعد وصية يوصي بها أو دين**﴾[1]. فالدين في الآية مطلق، يشمل دين الله ودين الآدمي. والمطلق محمول على إطلاقه. كما احتجوا بحديث (فدين الله أحق أن يقضى)[2]. وفي رواية فاقضوا الله فهو أحق بالوفاء[3].

واحتج القائلون بإخراجها من الثلث إذا أوصى بها بقياسها على باقي الوصايا، وانها وصية من الوصايا، والوصايا تخرج من الثلث. كما احتجوا بأنه لو جعلت في رأس المال لكان في إمكان كل واحد أن يحرم ورثته من الإرث إذا شاء، بترك الزكاة طيلة حياته حتى إذا دنا من الموت أوصى بها، فتخرج من رأس المال، ولا يبقى للورثة شيء. فسدا لهذه الذريعة لا تنفذ الوصية بالواجبات الدينية فيما زاد على الثلث، إلا بإجازة الورثة[4].

المطلب الثالث:

الوصية بالعبادة البدنية المالية: الحج والعمرة

الحج عبادة مركبة من عمل ومال. فكان له بذلك شبه بالعبادة البدنية والعبادة المالية. فهو بما يشتمل عليه من طواف، وسعي، ووقوف بعرفة، ورمي جمار، وحلق، وتقصير عبادة بدنية. وباعتبار ما ينفق فيه من مال. ويهدى فيه من هدايا، هو عبادة مالية. والعمرة مثل الحج في ذلك.

ولهذا الشبه الذي فيه اختلف الفقهاء في إلحاقه بالعبادات البدنية، أو المالية، فمن ألحقه بالعبادات البدنية قال: لا يقبل النيابة، كالصلاة والصوم. ومن ألحقه بالعبادات المالية قال: بقبوله النيابة كالزكاة والكفارات، ومن هنا اختلفوا في الوصية به أو بالعمرة. وفي هذا المطلب نتحدث عن أحكام الوصية بهما في فروع. الأول في مشروعية

1- من الآية 12 سورة النساء.
2- سبق تخريجه.
3- سبق تخريجه.
4- انظر البداية 338/2 ـ المدونة 309/4.

الوصية وتنفيذها. والثاني من أين تخرج؟ والثالث من أين يحج عنه؟ والرابع كم حجة يحج عنه؟ والخامس من يحج عنه؟ والسادس كيف يحج عنه؟ والسابع متى يحج عنه؟

الفرع الأول في مشروعية الوصية بالحج والعمرة وتنفيذها:

بالنسبة لمشروعية الوصية بالحج والعمرة هناك خلاف[1]. مذهب المالكية كراهة الوصية بالحج مطلقا، فرضا، أو نفلا، أو نذرا، ومذهب الحنفية استحباب الوصية بالحج لمن فاتته فريضة الحج. ولهم قول بوجوبها، ومذهب الشافعية وجوب الوصية بحج الفريضة. ولهم قولان في الوصية بحج التطوع وعمرته بالجواز والمنع، وإلا ظهر عندهم الجواز. وبالنسبة لتنفيذ الوصية إذا وقعت فإن هناك خلافا أيضا. جمهور الفقهاء على وجوب تنفيذها مطلقا، كان الحج الموصى به فرضا، أو نفلا. وقال ابن كنانة من المالكية: لا تنفذ. ويصرف المال الموصى به للحج في الهدايا[2]. وسبب الخلاف اختلافهم في مشروعيتها، وعدمها، فمن قال بمشروعيتها أوجب تنفيذها، لعموم قوله تعالى: ﴿**فمن بدله بعدما سمعه فإنما إثمه على الذين يبدلونه**﴾[3]. ومن قال بعدم مشروعيتها قال: بعدم تنفيذها، أخذا بعموم حديث: (من أحدث في أمرنا هذا ما ليس فيه فهو رد)[4]. وعملا بقاعدة النهي يدل على فساد المنهي عنه، ولو نهي كراهة... ومالك رحمه الله وإن قال بكراهة الوصية بالحج فإنه يقول بوجوب تنفيذها إذا وقعت. ووجه اصحابه قوله هذا بأنه مراعاة لقول من يقول بالجواز. ومن مبادئه التي بنى عليها مذهبه مراعاة الخلاف، كما يحتمل توجيهه بأنه مبني على القول إن نهي الكراهة لا يدل على فساد المنهي عنه. فلا تناقض بين قوله بالكراهة، وقوله بالصحة ووجوب تنفيذها.

وقد احتج القائلون بمشروعية النيابة في الحج والعمرة عن الميت بأدلة:

1ـ حديث ابن عباس رضي الله عنهما (أن امرأة سألت النبي صلى الله عليه وسلم عن أبيها مات ولم يحج، قال حجي عن أبيك)[5].

1ـ المدونة 309/4 المغني 128/6 نهاية المحتاج 89/6 الفقه الإسلامي 62/8 الفقه على المذاهب الأربعة 329/3 الأم 126/4.

2ـ المدونة 309/4 الذخيرة 156/7 الدسوقي 19/2.

3ـ من الآية 181 البقرة.

4ـ سبق تخريجه.

5ـ رواه النسائي سنن النسائي: 117/5.

2ـ حديث ابن عباس أيضا. أن امرأة نذرت أن تحج فماتت، فأتى أخوها النبي صلى الله عليه وسلم، فسأله عن ذلك، فقال أرأيت لو كان على أختك دين أما كنت قاضيه؟ قال: نعم. قال: فاقضوا دين الله، فهو أحق بالقضاء[1].

3ـ حديث أبي رزين أنه صلى الله عليه وسلم قال له: حج عن أبيك، واعتمر[2].

4ـ حديث زيد بن أرقم. قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: إذا حج الرجل عن والديه يقبل منه ومنهما. واستبشر أرواحهما في السماء، وكتب عند الله بارا[3].

5ـ حديث ابن عباس من حج عن أبويه أو قضى عنهما مغرما بعث يوم القيامة مع الأبرار[4].

6ـ حديث جابر من حج عن أبيه أو أمه فقد قضى عنه حجته. وكان له فضل عشر حجج[5].

7ـ حديث ابن عباس أنه صلى الله عليه وسلم سمع رجلا يقول: لبيك عن شبرمة: قال: ومن شبرمة؟ فقال: أخ لي. أو قال قريب لي. قال: أحججت عن نفسك؟ فقال: لا. قال: فحج عن نفسك، ثم حج عن شبرمة[6].

فهذه الأحاديث واضحة وصريحة في مشروعية النيابة في الحج والعمرة. بعضها نص في حجة الفريضة. وبعضها نص في حجة النذر. وبعضها مطلق، أو عام. والمطلق محمول على إطلاقه، والعام محمول على عمومه، فتشمل الفرض، والنفل، والنذر، وإذا جازت النيابة في الحج جازت الوصية به، ووجب تنفيذها، كسائر الوصايا الأخرى.

وأما القائلون بعدم مشروعية الحج والعمرة عن الغير حيا وميتا. فاستدلوا بأدلة[7].

1ـ رواه النسائي وأبو داود الطياسي. انظر: سنن النسائي: 116/5. مسند أبي داود: ص 341.
2ـ رواه الخمسة وصححه الترمذي نيل الاوطار 280/4، سنن أبي داود 162/2. سنن الترمذي 294/2.
3ـ رواه الدارقطني انظر المغني 245/3 سنن الدارقطني 260/2.
4ـ رواه الدارقطني انظر المغني 245/3 سنن الدارقطني 260/2.
5ـ رواه الدارقطني انظر المغني 245/3 سنن الدارقطني 260/2.
6ـ رواه أبو داور وابن ماجة والدارقطني نيل الاوطار 293/4 سنن أبي داود 162/2. سنن الدارقطني 267/2.
7ـ انظر الجامع لأحكام القرآن 97/4 ـ 75/17 المدونة 300/4.

1ـ عموم قوله تعالى: وأن ليس للإنسان إلا ما سعى.

2ـ ما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال: لا يحج أحد عن أحد[1].

3ـ القياس على الصلاة.

4ـ عمل أهل المدينة.

وأجابوا عن الأحاديث السابقة بعدة أجوبة منها[2].

1ـ أنها مخالفة لظاهر القرآن: وان ليس للإنسان إلا ما سعى. فيقدم القرآن عليها، لتواتره دونها.

2ـ أنها مخالفة لعمل أهل المدينة، بناء على مذهب مالك القائل بتقديم عمل أهل المدينة على خبر الواحد.

3ـ أنها مخالفة للقياس، فيقدم عليها عند القائلين بتقديم القياس على خبر الواحد.

4ـ أنها مخصوصة بأصحابها الذين وردت فيهم، فلا تتعداهم إلى غيرهم، إلا أن هذا لا يصح في جميع الأحاديث فإن فيها ما جاء بصيغة العموم. مثل حديث إذا حج الرجل عن والديه... وحديث من حج عن أبويه... وحديث من حج عن أبيه وأمه. فإنها جاءت بصيغة العموم.

5ـ أنها أحاديث ضعيفة مضطربة.

الفرع الثاني من أين يحج عنه:

بالنسبة لهذه النقطة هناك خلاف بين الفقهاء، هل يحج عنه من بلده أو من ميقاته؟

ومذهب المالكية أنه إذا عين الموصي المكان الذي يحج عنه منه، فإنه يتعين الحج عنه من البلد الذي سماه، وقوفا مع وصيته. وإن أطلق فإنه يحج عنه من بلد الميت.

1ـ رواه سعيد من منصور انظر نيل الاوطار 287/4.

2ـ راجع الجامع لأحكام القرآن 93/14 ـ 75/17 البداية 320/1.

وميقات الميت الممكن، إلا أن يوصي بمال لا يكفي للحج به من بلده، فإنه يحج عنه من المكان الذي يكفي المال للحج منه، ولو من مكة. ولو سمى مكانا آخر. ولا يرجع المال ميراثا على الصحيح. وقال أشهب وابن القاسم في رواية عنه: إذا سمى بلدا بعينه يحج عنه منه، وإن لم يكف المال الموصى به للحج فإن الوصية تبطل. ويرجع المال ميراثا، لتعذر تنفيذ الوصية، كما أوصى بها الميت. واتفق القولان على بطلان الوصية إذا منع الموصي الحج عنه من غير المكان الذي سماه. كما لو قال لا تحجوا عني إلا من بلدي أو بلد كذا[1].

ومذهب الشافعية أنه يحج عنه من ميقاته إذا أطلق، ولا يتعين الحج عنه من بلده. فإن سمى بلده أو بلدا أبعد من ميقاته فإنه يحج عنه مما سماه، إن حمله الثلث. وإن لم يحمله حج عنه من حيث أمكن. من بلده، أو ميقاته ولا يحج عنه من دون الميقات. وتبطل الوصية إذا لم يف المال بذلك، ويرجع ميراثا بين الورثة[2].

وقال الحنفية يحج عنه من بلده إن كفى المال الموصى به، وإلا فمن حيث يكفي. واختلفوا بينهم فيمن مات في الطريق، وأوصى بالحج عنه، فقيل يحج عنه من بلده، وقيل من حيث مات، واتفق القولان على أنه إذا لم تكف النفقة للحج من بلده، فإنه يحج عنه من حيث تكفي، ومن لا وطن له حج عنه من حيث مات[3].

وفرق الحنابلة بين حج الفريضة وحج التطوع[4]. ففي الوصية بحج الفريضة يحج عنه من بلد الموصي، لأن الحج واجب عليه من بلده، فوجب أن يناب عنه من بلده. وإن لم تف تركته بالحج عنه من بلده حج عنه من حيث تفي تركته بالحج. لحديث: إذا أمرتكم بأمر فاتوا منه ما استطعتم[5]. وإذا أحصر فإنه يحج عنه من الموضع الذي أحصر فيه، وفي حج التطوع إذا لم يكف ثلثه أو الموصى به للحج من بلده، فقيل يخير في الحج عنه من حيث أمكن، أو يعان به في الحج. وقيل يعان به في الحج، ولا يحج عنه من غير بلده. وقيل

1- الدسوقي 20/2.
2- راجع نهاية المحتاج 89/6.
3- انظر الفقه الإسلامي 63/8.
4- انظر المغني 243/3 ـ 244.
5- متفق عليه. نيل الأوطار: 261/1.

يحج عنه من حيث أمكن، ولا يعان به في الحج لعموم (إذا أمرتكم بأمر فاتوا منه ما استطعتم).

الفرع الثالث من أين تخرج الوصية بالحج[1]:

اختلف الفقهاء فيمن أوصى بالحج عنه من أين تخرج وصيته؟ هل من رأس المال أو الثلث؟ فقال المالكية والحنفية تخرج من الثلث، سواء في ذلك حج الفريضة، أو التطوع، أو النذر. ولا يلزم الورثة أن يحجوا عنه من رأس المال. فإن لم يف ثلثه بالحج جرى فيه ما سبق من الحج من المكان الممكن، أو بطلان الوصية ورجوع المال ميراثا.

وقال الشافعية والحنابلة يحج عنه من رأس المال في حج الفريضة، بخلاف التطوع فإنه يحج عنه من الثلث. وحج النذر إذا كان في الصحة يخرج من رأس المال. وإن كان في المرض يخرج من الثلث. وحجتهم على إخراج الوصية بحج الفريضة من رأس المال، حديث (فدين الله أحق أن يقضى) [2].

فسماه الرسول صلى الله عليه وسلم دينا. والدين قبل الميراث، لقوله تعالى: ﴿**من بعد وصية يوصي بها أو دين**﴾[3]. فإنها تشمل دين الله ودين الآدمي. عملا بقاعدة المطلق على إطلاقه. حتى يرد ما يقيده.

واحتج المالكية ومن معهم على كونها في الثلث بأن الحج يسقط بالموت. كما تسقط الصلاة والصوم، فإذا أوصى الميت بالحج عنه كانت وصيته في الثلث، كسائر الوصايا.

الفرع الرابع كم يحج عنه[4]:

الأمر يختلف هنا باختلاف صيغة الوصية، فإن أوصى بحجة واحدة أو أكثر، فإنه يعمل بوصيته ما دام الموصى به للحج يكفي لأكثر من حجة. وإن أطلق ولم يسم مالا، بل

---

1 ـ انظر الشرح الكبير 19/2 ـ المغني 129/6 ـ نهاية المحتاج 93/6.
2 ـ سبق تخريجه.
3 ـ من الآية 11 النساء.
4 ـ انظر الخرشي 214/2 ـ الشرح الكبير للدردير 19/2.

قال: حجوا عني فإنه لا يحج عنه أكثر من حجة واحدة، لأنها أقل ما يصدق عليه اللفظ. ولأن صيغة الأمر لا تفيد التكرار على الصحيح عند الأصوليين.

أما إذا سمى مالا ثلثا، أو ربعا، أو عددا ليحج به عنه، ولم يذكر عدد الحجات، فإنه يحج عنه بالمال حتى ينفد، أو يبقى مالا يكفي للحج، فيما إذا قال في وصيته: حجوا عني بهذا المال. أو بثلثي، أو ربعي. فإن قال: حجوا عني منه فإنه لا يحج عنه أكثر من حجة واحدة. وما فضل من المال يرجع ميراثا، لأن كلمة من تفيد التبعيض، بخلاف الباء، ولهذا يجب الحج بجميع المال الموصى به إذا قال: حجوا به. وتكفي واحدة إذا قال: حجوا منه.

الفرع الخامس من يحج عنه:

بالنسبة لهذه النقطة فإن هناك تفصيلا، واختلافا بين الفقهاء. فإن الموصي قد يعين من يحج عنه، ويسمى له ما يحج به مثل اعطوا فلانا ثلثي ليحج عني أو اعطوه عشرة آلاف أو عشرين ليحج عني، وقد يعينه ولا يسمي له ما يحج به، وقد لا يعين من يحج عنه، ولا ما يحج به، أو يعين ما يحج به ولا يعين من يحج عنه. فهي حالات أربع.

ففي الحالة الأولى: التي يعين من يحج عنه، ويعين له المال الذي يحج به، فإنه يتعين من عينه، وما سماه له، ولو زاد على أجرة المثل، ولا يجوز للورثة النقص منه إذا حمله الثلث، إلا أن يرضى المعين بالحج عنه بأقل من ذلك. فإن لم يحمله الثلث لم يلزم الورثة ما زاد على الثلث مطلقا في الفريضة والتطوع عند المالكية والحنفية، وقال الشافعية والحنابلة إذا لم يكف الثلث في حج الفريضة يتم الباقي من رأس المال[1].

واختلف إذا وجد من يحج عنه بأقل مما سماه للمعين، أو وجد من يتطوع بالحج عنه دون ما سماه للموصى له المعين، فقال الشافعية: يتعين إعطاء الموصى له ما سماه له الموصي، كما لو أوصى له بمال تبرعا. وقال المالكية يجوز الاستيجار بالأقل، والزائد للورثة. وإذا وجد من يتطوع عنه. فالمال كله للورثة[2].

1- انظر الشرح الكبير 19/2 ـ المغني 131/6 ـ نهاية المحتاج 90/6.

2- الشرح الكبير 19/2.

واتفق المالكية والشافعية والحنابلة على أنه إذا كان المعين وارثا لم يلزم الورثة إعطاؤه ما زاد على أجرة المثل ويوقف على إجازة الورثة لأنه يؤدي إلى وصية لوارث فيما زاد على أجرة المثل.

واختلف إذا امتنع المعين من الحج بما سمي له. فقال الشافعية: يحج غيره بأقل ما يوجد مطلقا. في الفريضة والتطوع، وقال المالكية تبطل الوصية، ويرجع المال ميراثا. لتعذر تنفيذ الوصية. وقياسا على من أوصي له بمال فرد الوصية. وقال الحنابلة: يستناب غيره بأقل ما يمكن، إن كان الحج واجبا. وإن كان تطوعا فلهم احتمالان بالبطلان، واستنابة غيره[1].

وفي الحالة الثانية: التي يعين فيها من يحج عنه، ولم يسم له مالا محددا. هناك خلاف. فقال الحنابلة: لا يعطى إلا قدر نفقة المثل، وإن فضل عن ذلك فضل فهو للورثة. بناء على منع الاستيجار على الحج. وقال الشافعية: يحج عنه بأجرة المثل فأقل ان رضي المعين بذلك.

وقال المالكية: يعطى أجرة المثل. فإن لم يقبل زيد له ثلث أجرة المثل. فإن لم يقبل انتظر قليلا بالاجتهاد، أو سنة على الخلاف. ثم يستأجر غيره في الوصية بحجة الفريضة. فإن كانت الوصية بحج التطوع بطلت الوصية، ويعود المال ميراثا. كما أنه إذا أبي الحج عن الميت أصلا، فإنه تبطل الوصية بحج التطوع. ويستأجر غيره في حج الفريضة من غير انتظار. وقال غير ابن القاسم: الفريضة والتطوع سواء، يستأجر من يحج عنه إذا أبى من عينه، ولا يرجع المال ميراثا[2].

وفي الحالة الثالثة: إذا عين المال ولم يعين من يحج عنه به. فإنه لا يتعين جميع المال لمن يحج به، ويجوز الاستيجار بأقل مما سماه إذا وجد من يحج عنه بأقل. والزائد على ذلك يرجع ميراثا. كما أنه إذا وجد من يتطوع عنه بالحج فإن المال المسمى كله يرجع ميراثا مطلقا، سواء قال: حجوا عني حجة. أو يحج عني بكذا. أو حجوا عني بكذا. وقوفا مع نص الوصية في الصيغة الأولى، لتصريحه بالواحدة. وعملا بقاعدة الأمر لا يدل على التكرار. وأن الأمر بمطلق يخرج من العهدة منه بواحدة.

1_ المدونة 309/4 نهاية المحتاج 90/6 _ المغني 131/6 _ 132.

2_ راجع المغني 131/6 _ 132 _ الشرح الكبير 20/2 _ نهاية المحتاج 91/6 _ المدونة 308/4.

وقيل ان قال حجوا عني بهذا المال ولم يحدد عدد الحجات فإنه يحج عنه به حتى ينفد المال. وقال الحنابلة إذا سمى المال ولم يبين من يحج به أعطي جميع المسمى لمن يحج به عنه. وللوصي أن يصرفه لمن يشاء، ولا يحج عنه الوصي بنفسه، كما لا يعطيه للوارث إذا كان أكثر من نفقة المثل[1].

وفي الحالة الرابعة إذا لم يعين من يحج عنه، ولا ما يحج به عنه، واكتفى بالوصية بأن يحج عنه، فإنه يحج عنه حجة واحدة من الثلث مطلقا، أو من رأس المال إذا كان الحج واجبا. ومن الثلث إن كان تطوعا على الخلاف السابق بين المالكية والحنفية من جهة. والشافعية والحنابلة من جهة أخرى.

واتفق الجميع على صحة نيابة الرجل عن الرجل، والمرأة عن المرأة، والرجل عن المرأة. واختلفوا في نيابة المرأة عن الرجل. وفي نيابة من لم يحج الفريضة عن غيره. وفي نيابة الصغير إذا عينه الموصي ليحج عنه بنفسه. أما حج المرأة عن الرجل فجمهور العلماء على صحتها لحديث ابن عباس في قصة الخثعمية التي سألت الرسول صلى الله عليه وسلم أتحج عن أبيها؟ وقوله لها: نعم[2]. وشذ بعضهم فمنع نيابتها عن الرجل[3]. وأما نيابة من لم يحج حج الصرورة عن غيره، فمذهب مالك صحتها، وإن كان الأولى عنده أن يحج عنه من حج عن نفسه، وأسقط فرضه، بناء على أن الحج واجب على التراخي[4].

وقال الشافعية والحنابلة: لا تصح نيابة من لم يؤد فرضه عن غيره[5]. واحتجوا بحديث ابن عباس أنه صلى الله عليه وسلم سمع رجلا يقول: لبيك عن شبرمة. قال: ومن شبرمة؟ فقال: أخ لي، أو قال: قريب لي. قال: أفحججت عن نفسك؟ قال: لا. قال: فحج عن نفسك، ثم حج عن شبرمة[6].

وأجاب المالكية بأنه حديث مختلف في رفعه ووقفه. وبأنه على تسليم صحته يحمل على الندب.

1- انظر المغني 131/6 ـ 132 ـ الشرح الكبير 19/2.

2- رواه الجماعة نيل الاوطار 28/5.

3- المغني: 233/3 ـ وانظر: المدونة: 308/4 ـ بداية المجتهد: 320/1.

4- انظر: المدونة: 308/4 ـ البداية: 320/1.

5- المغني: 245/3 ـ البداية: 320/1.

6- رواه الدارقطني: 267/3.

وأما الصغير إذا عينه الموصي ليحج عنه فإن الوصية تصح، ويعطى المال إذا أذن له أبوه في الحج عن الميت. فإن لم يكن له أب فللوصي أن يأذن له في ذلك، إذا كان قويا، وكان ذلك نظرا له، ولم يكن عليه ضرر في ذلك. وقيل ليس للوصي أن يأذن له في ذلك.

فإن لم يأذن له وليه وقف المال حتى يبلغ، فإن حج به، وإلا رجع ميراثا[1].

الفرع السادس كيف يحج عنه ؟:

مذهب المالكية أنه يحج عنه على حسب ما يفهم من وصيته صراحة، أو بقرينة حالية. فيما يرجع للركوب، ونوع المركوب. ولا يجوز له المشي وادخار المال الموصى له به، لقضاء دينه به، أو شراء شيء به. فإن فعل فإنه يرجع عليه بالمال مطلقا، كان العام معينا، أو غير معين إذا اطلع عليه قبل المشي. وإن اطلع عليه بعد المشي لم يرجع عليه بشيء.، وهي خيانة منه للموصي، ومخالفة للوصية، إذا كانت الإجارة على الضمان. فإن كانت على البلاغ فإنه يقضى له بقدر نفقة مثله وركوبه، ويوخذ منه الباقي[2].

وفيما يرجع لصفة الحج فإنه أيضا يلزمه الحج عنه على ما فهم من الموصي، من إفراد، أو قران، أو تمتع. فإن أوصاه بالإفراد فتمتع أو قارن، أو أوصاه بالقران فتمتع أو أفرد، أو أوصاه بالتمتع فأفرد أو قارن، لم يجزه، وتفسخ الإجارة، ويرد المال، كان العام معينا أم لا، إلا في حالة الوصية بالإفراد إذا خالفه لتمتع فإنه يعيد في العام القادم، إن لم يكن العام معينا[3]. وقال الحنابلة والشافعية: إذا أمره بالتمتع فقرن، أو أفرد، أو أمره بالقران فأفرد، أو تمتع صح[4].

1ـ انظر: الذخيرة: 39/7.

2ـ راجع الشرح الكبير وحاشية الدسوقي: 13/2.

3ـ نفس المرجع: 16/2

4ـ المغني: 235/3.

الفرع السابع متى يحج عنه ؟:

بالنسبة لهذه النقطة هناك اتفاق على صحة الوصية إذا عين عاما يحج عنه في ذلك العام. وإن لم يعين عاما فهناك قولان في مذهب مالك بالصحة والبطلان. والأصح القول بالصحة. ويتعين العام الأول، فإن لم يفعل فيه أثم. وحج بعده، فإن عين العام ولم يحج فيه فسخت الإجارة[1].

---

[1] ـ انظر: مختصر خليل بشرح الدردير وحاشية الدسوقي: 13/2 وما بعدها.

الفصل الرابع:
في تعـــدد الوصــايا

نخصص هذا الفصل للحديث عن وصية الإنسان بعدة وصايا لشخص واحد، أو أكثر. وما يترتب على ذلك من أحكام، وقبل الدخول في التفاصيل نشير إلى أن الأصل في تعدد الوصايا الكتاب، والسنة، والإجماع.

أما الكتاب فقوله تعالى ﴿**الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف**﴾[1] وهو نص في صحة الوصايا المتعددة، وهو شامل للإيصاء لهم بوصية واحدة، يشتركون فيها جميعا. والإيصاء لكل واحد منهم بوصية تخصه.

وأما السنة فما رواه ابن إسحاق من وصيته صلى الله عليه وسلم للاشعريين، والداريين، والرهاويين، بجاد مائة وسق من خيبر[2].

وأما الإجماع فقد أوصى أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم بوصايا متعددة. فأوصى عمر رضي الله عنه لأمهات أولاده، بأربعة ألف درهم لكل واحدة. وأوصى عبد الرحمان بن عوف لأمهات المومنين بحديقة بيعت بأربعة آلاف درهم، ولأهل بدر، لكل واحد منهم بمائة دينار[3]. ولا يعرف لهم مخالف من الصحابة. فكان ذلك إجماعا منهم على صحة الوصية بأكثر من وصية. وبه يعلم أن المراد من قوله تعالى ﴿**من بعد وصية يوصي بها أو دين**﴾[4] جنس الوصية الشامل للوصية الواحدة، والمتعددة. كما أن التعريف في قوله الوصية للوالدين والأقربين للجنس أيضا الشامل للوصية الواحدة والمتعددة.

ولتفصيل ما يترتب عن تعدد الوصايا في التركة الواحدة من أحكام، قسمت هذا الفصل إلى مباحث: الأول في تعدد الوصايا لشخص واحد. والثاني في تعددها وتعدد

1ـ من الآية 180 البقرة 407/3.
2ـ انظر سيرة ابن هشام 40/3 الفتح 362/5.
3ـ انظر المحلى 316/9.
4ـ من الآية 11 النساء.

الموصى له. والثالث في ترتيب الوصايا، وتقديم بعضها على بعض عند التزاحم. والرابع في المحاصة بينها.

المبحث الأول:
في تعدد الوصايا واتحاد الموصى له

إذا كان الفقهاء متفقين على مبدأ جواز تعدد الوصية لموصى له واحد، فإنهم لم يتفقوا هل تعطى له الوصيتان، أو الوصايا جميعًا، أو يعطى بعضها ويلغى البعض الآخر؟

والحكم في ذلك يختلف باختلاف الوصيتين أو الوصايا، فقد تكون الوصيتان متناقضتين، أو متحدتين، أو متماثلتين جنسا، وصفة، وقدرا، كما تكونان مختلفتين في كل ذلك، أو بعضه. وقد خصصت لهذا المبحث مطالب عشرة.

المطلب الأول:
في الوصيتين المتناقضتين اللتين لا يمكن الجمع بينهما

ليس بين الفقهاء اختلاف في الوصيتين المتناقضتين اللتين لا يمكن الجمع بينهما، أنهما لا يعطيان للموصى له، لاستحالة الجمع بينهما. كما أنهما لا يلغيان معا، لما يلزم ذلك من إلغاء الوصية، ولكن يعمل بالوصية الأخيرة باعتبارها ناسخة للأولى[1]. ولا يعمل بالأولى، لأن المتقدم لا ينسخ المتأخر، كمن أوصى بإعطاء داره لفلان، ثم أوصى بعدم إعطائها له، أو العكس. فإن العمل بالوصيتين معا مستحيل، ولكن يعمل بالأخيرة منهما. فإذا قال: لا تعطوها ثم قال أعطوها له فإنها تعطى له. وإذا قال: أعطوها ثم قال: لا تعطوها له فإنها لا تعطى له، ويعتبر ذلك رجوعا[2]. وكذلك إذا أوصى بالتصدق ببقرته حية، ثم أوصى بذبحها والتصدق بلحمها. فإن العمل بالوصيتين

---

1 ـ الذخيرة 63/7.

2 ـ راجع بناني 175/8 الرهوني 263/8 ـ انظر المنتقى 151/6 ـ الذخيرة 63/7 الزرقاني 175/8.

مستحيل، فتلغى الأولى. ويعمل بالثانية. إلا أن تكون إحدى الوصيتين ممنوعة شرعا فتبطل الممنوعة. وتصح المشروعة. تقدمت أو تأخرت، كمن أوصى باتخاذ داره مسجدا، ثم أوصى باتخاذها كنيسة، أو العكس فتبطل الوصية بجعلها كنيسة. وتصح الوصية بجعلها مسجدا.

المطلب الثاني:

في الوصيتين المتحدتين

كأن يوصي له بمعين، ثم يوصي له بنفس ذلك المعين، أو أوصى له بداره رقم كذا، أو سيارته رقم كذا، أو سفينته الفلانية ثم يوصي له بنفس ذلك المعين، والثانية هنا محمولة على تأكيد الأولى. فلا يعطى إلا ذلك المعين الموصى به، لأن الأمر هنا لا يقبل التكرار والتعدد.

المطلب الثالث:

في الوصيتين بأمرين مختلفين جنسا، أو نوعا، أو صفة

مثل الوصية له بأرض،ثم الوصية له بدار، أو الوصية بثوب، والوصية بدراهم، أو الوصية بقمح جيد، والوصية بقمح رديء، ونحو ذلك من كل أمرين مختلفين جنسا، أو صفة، أو نوعا.

وقد اختلف في هذا فالمشهور في مذهب مالك أنه يعطى الوصيتين معا، إذا حملهما الثلث، أو أجازهما الورثة، وإلا فما حمله الثلث. لأن الأصل في الكلام التأسيس. واختلاف الوصيتين يمنع من جعل الثانية تأكيدا للأولى، كما أن إمكان الجمع بينهما يمنع من احتمال نسخ الأولى بالثانية، لأنه لا يصار للنسخ إلا إذا تعذر الجمع، فلم يبق إلا إعطاؤه الوصيتين معا، كانتا في كتاب واحد، أو في كتابين، بدأ بالأقل أو الأكثر، كانتا غير معينتين أو معينتين. كما لو أوصى له بسيارة بعينها، ثم أوصى له بسيارة أخرى بعينها، من نوعها أو من غير نوعها، لأن التعيين يمنع أن يريد بالوصية

الثانية الوصية الاولى. فوجب أن يجمعا له[1] وقيل يعطى أكثر الوصيتين قيمة، تقدمت أو تأخرت. ولا يجمع له بينهما[2].

المطلب الرابع:

في الوصيتين بشيئين متحدي الجنس والصفة والقدر

من غير تعيين الموصى به بعينه فيهما، مثل الوصية له بألف درهم، ثم الوصية له بألف درهم. أو الوصية له بدار من دوره، أو سيارة من سياراته، ثم الوصية له بدار من دوره، أو سيارة من سياراته. والوصية له بمائة شاة من غنمه، أو مائة نخلة من نخيله. ثم الوصية له بذلك العدد من غنمه، أو نخيله، دون تعيين الموصى به. ونحو ذلك.

وقد اختلف الفقهاء في هذه على قولين[3].

الاول: أنه يعطي الوصيتين معا، ويجمع له بينهما، وهو مذهب مالك وأصحابه. لقاعدة تكرار الأمر يقتضي تكرار المأمور به.

الثاني: أنه يعطى إحدى الوصيتين. ولا يجمع له بينهما. وهو قول محمد. لاحتمال أن تكون الثانية تكرارا أو تأكيدا، ومنشأ الخلاف احتمال أن تكون الثانية تأكيدا للأولى، وأن تكون تأسيسا. فمن رجح التأسيس أعطاه الوصيتين. ومن رجح التأكيد أعطاه إحداهما فقط.

وحجة الأول أن التأكيد مجاز وخلاف الأصل، فلا يحمل عليه الكلام إلا بدليل، بمنزلة الظاهر لا يؤول إلا بدليل.

وحجة الثاني أن الأصل بقاء الأملاك على ملك أصحابه، وعدم انتقالها إلا بدليل لا احتمال معه. وهو مستمد من قاعدة الاستصحاب. وهو أضعف الأدلة، وقد عارضه هنا ظاهر الكلام فيقدم عليه.

1- انظر المنتقى 15/6 ـ الذخيرة 63/7. بناء على القاعدة الأصولية : أن تكرار الأمر يقتضي تكرار المأمور به.

2- الذخيرة 63/7 ـ 64.

3- المنتقى 151/6.

واختلف المالكية في الدراهم والدنانير هل يعتبران نوعا واحدا، أو نوعين؟ وينبني على ذلك إذا أوصى بعدد من الدراهم، ثم أوصى بقدرها دنانير، كمن أوصى بألف درهم، ثم أوصى بألف دينار. فمن جعلهما نوعا واحدا أعطاه أكثر الوصيتين بالصرف، ومن جعلهما نوعين أعطاه الوصيتين معا[1].

وسبب الخلاف هل تلحق الوصية بالزكاة أو البيع؟ فإن مذهب مالك في الزكاة أن الذهب والفضة نوع واحد. ولذلك يضم أحدهما للآخر، ويكمل النصاب منهما. وفي باب البيع يعتبران نوعين، ولذلك يجوز التفاضل في صرف أحدهما بالآخر. فمن قاس الوصية على الزكاة اعتبرهما نوعا واحدا في باب الوصية. وأعطى للموصى له أكثر الوصيتين بالصرف، ومن ألحق الوصية بالصرف اعتبرهما نوعين، وأعطى للموصى له الوصيتين معا.

وما قيل في الدراهم والدنانير يمكن قوله في العملتين المختلفتين كالدولار، والدرهم، والفرنك، والجنيه.

المطلب الخامس:

في الوصيتين بأمرين متحدي الجنس والصفة مختلفي القدر من غير تعيين الموصى به بعينه

مثل أن يوصي له في إحدى الوصيتين بدار من دوره. وفي الثانية بدارين من دوره. أو يوصي له مرة بمليون درهم. ومرة بثلاثة ملايين درهم، ونحو ذلك من كل أمرين متحدي الجنس والصفة، مختلفي القدر، لا فرق في ذلك بين النقود، والعروض، والطعام، والحيوان، والأصول.

وقد اختلف الفقهاء هنا اختلافا كثيرا[2].

القول الأول: أنه يعطى أكثر الوصيتين، تقدمت أو تأخرت، ولا يجمع له بينهما، وهو قول مالك في المدونة. ووجهه أنه إن تأخر القليل فهو تأكيد لبعض ما

---

[1]- انظر الذخيرة 63/7 - الزرقاني 183/8 - المنتقى 151/6.

[2]- انظر المنتقى 150/6 - 151 - الزرقاني 183/8 الخرشي وحاشية العدوي 438/5، المدونة 313/4.

تضمنه الأكثر. وإن تأخر الأكثر فالزيادة على الأولى تأسيس، وهو أوفق بالقاعدة الأصولية أن ذكر الخاص بحكم العام لا يخصصه، فإذا أوصى له بمائة ثم أوصى بخمسين، فالخمسون الموصى بها بمنزلة ذكر الخاص بعد العام فلا يخصصه ويبقى العام على عمومه.

ووجهه التونسي بأنه إذا كانت الأخيرة هي الأقل فهو لم يصرح بالرجوع عن الأكثر ولا بزيادة الأقل على الأكثر. فيعطى الأكثر لاندراج الأقل فيه. وإن كانت الأخيرة هي الأكثر فالعادة الزيادة وأبطل الأولى لأنها بقيت مسكوتا عنها.

القول الثاني: فرق أصحابه بين تقدم الوصية بالأكثر وتأخرها ورأوا أنه إذا تقدم الأكثر فله الوصيتان معا وإذا تقدم الأقل فله الأكثر فقط.

ولعل وجهه أن الأقل إذا تأخر لا يصلح لنسخ الأكثر ولا لتخصيصه لعدم معارضته فيعطي الوصيتين بخلاف الأكثر المتأخر فإنه شبيه بالعام المتأخر عن الخاص.

وفرق القول الثالث: بين الوصيتين المكتوبتين في كتابين وغيرهما وقال أصحابه إن كانت الوصيتان مكتوبتين في كتابين فله الاكثر منهما. وإلا فله الوصيتان معا ولو تأخر الأكثر.

في حين فرق أصحاب القول الرابع تفريقا آخر اعتمدوا فيه على الكتابة في كتابين أو كتاب، والتقدم والتأخر. فإن كانتا في كتابين فله الأكثر تقدم أو تأخر، وإن كانتا في كتاب واحد فله الوصيتان معا إن تقدم الأكثر وإن تقدم الأقل فله الأكثر فقط.

وفرق ابن الماجشون ومطرف بين المكيل الموزون وبين العروض وقالا في العروض يعطى الوصيتين معا تفاضل ذلك أو تساوى كانت الوصيتان في كتاب أو كتابين. وفي الموزون والمكيل يعطى أكثر الوصيتين عندهما وقال الشافعية فيمن اوصى بمائة ثم أوصى بخمسين يعطى الموصى له خمسين فقط. ويعتبر ذلك رجوعا عن الخمسين الأخرى[1].

وهو مخالف لقاعدة ذكر الخاص بحكم العام لا يخصصه لأن الوصية بمائة بمنزلة الوصية بعام. والوصية بخمسين بمنزلة الوصية بخاص فكان الواجب إعطاءه المائة بتمامها كما هو قول مالك.

1ـ المنتقى 151/6.

المطلب السادس:

في الوصيتين بجزأين شائعين

بأن يوصي له في إحداهما بجزء ثم يوصي له بجزء وتشمل صورتين.

الأولى أن يوصي له في الثانية بمثل الجزء الموصى به في الأولى، كأن يوصي له بثلث ثم يوصي له بثلث. أو يوصي له بربع ثم يوصي له بربع، أو بسدس ثم بسدس. ومذهب مالك أنه يعطي الوصيتين معا إذا حملها الثلث، أو أجازهما الورثة، وإلا فما حمله الثلث، قياسا على الوصيتين بعددين متساويين كمائة ومائة، وقال أشهب يعطى إحدى الوصيتين وهو قول ابن المواز كان ذلك في مجلس أو مجلسين[1].

وللحنفية قولان أيضا، الأول أن له إحدى الوصيتين فقط[2]. والثاني انه يعطى الوصيتين إذا حملهما الثلث. مثل الوصية بسدس، ثم الوصية له بسدس أيضا فإنه يعطى الثلث وحكى بعض الحنفية الإجماع على أنه ليس للموصى له إلا السدس في هذا المثال.

وسبب الخلاف هنا احتمال أن تكون الوصية الثانية تأكيدا للأولى، لأنها مثلها. واحتمال أن تكون تأسيسا. واحتج القائلون بإعطاء الوصيتين أن التأسيس خير من التأكيد ومقدم عليه عند التعارض، واحتج القائلون بحملها على التأكيد وإعطائه إحدى الوصيتين فقط بدليلين[3].

1ـ الأصل الاستصحاب وعدم انتقال الأملاك عن أصحابها إلا بدليل لا يقبل الاحتمال.

2ـ القاعدة اللغوية أن المعرفة إذا أعيدت معرفة كانت عين الأولى، والوصيتان هنا معرفتان بالإضافة، فإذا قال أوصيت له بثلثي أو سدسي ثم قال في الوصية الثانية أوصيت له بثلثي أو سدسي كانت الثانية عين الأولى، مؤكدة لها، لأنها معرفة أعيدت معرفة.

1ـ نفس المرجع 151/6.

2ـ انظر الفتاوي الهندية 135/6 ـ الفقه على المذاهب الأربعة 348/3 ـ الفتاوي البرازية 435/6.

3ـ انظر الذخيرة 64/7 الفقه على المذاهب الأربعة 348/3.

إلا أن هذه القاعدة غير مطردة، كما أن الاستصحاب هو أضعف الأدلة، ولا يصار إليه إلا عند عدم ما سواه. وقد عارضه هنا ظاهر الكلام من التأسيس فيقدم عليه.

الصورة الثانية أن يكون أحد الجزأين اكثر من الآخر مثل الوصية له بثلث ثم الوصية بسدس، والعكس، او الوصية له بربع، ثم الوصية له بنصف، وقد اختلف فيها الفقهاء فمذهب الحنفية أن له أكثر الوصيتين، تقدمت، أو تأخرت، لاندراج الأقل في الأكثر[1].

ومذهب المالكية أنها مثل الوصيتين بعددين مختلفي القدر، تجري فيها الأقوال السابقة، من إعطائه الأكثر مطلقا على قول مالك. أو إعطائه الوصيتين معا إذا تقدم الأكثر، وإذا تقدم الأقل يعطى الأكثر. إلى آخر الأقوال السابقة[2].

المطلب السابع:

في الوصيتين بعين وشائع

مثل أن يوصي له في إحدى الوصيتين بداره أو أرضه، أو سيارته، ويوصي له في الأخرى بثلثه، أو سدسه، ونحو ذلك. كانت العين الموصى بها معينة مثل هذه الأرض أو هذه الدار، أو غير معينة مثل دار من دوري. وهما وصيتان مختلفتان، لا تحتمل أن تكون إحداهما تأكيدا للأخرى، ولا نسخا لها. فالقياس أن تعطى له الوصيتان معا. يأخذ العين الموصى بها. الدار أو الأرض أو السيارة، ثم يأخذ ثلث التركة أو سدسها حسب الوصية قبل إخراج العين الموصى بها. أو بعبارة أخرى يأخذ الجزء المشاع أولا. من رأس مال التركة ثم يأخذ العين الموصى بها إذا حمل الثلث الوصيتين أو أجازهما الورثة. ولهذا قال أشهب يحاصص الموصى له بالوصيتين معا، بالجزء وقيمة العين[3].

---

[1]- انظر الفتاوي الهندية 104/6 ـ 135.

[2]- الذخيرة 65/7.

[3]- نفس المرجع 64/7.

المطلب الثامن:

في الوصيتين بجزء شائع وعدد

مثل الوصية له في إحدى الوصيتين بثلثه. وفي الوصية الأخرى بمليون درهم مثلا . وقد اخلف فيها على أقوال[1].

الأول: أنه يعطى الأكثر من الوصيتين. فإن كان الجزء الشائع أعطيه، وألغي العدد. وإن كان العدد أكثر أعطيه، وألغي الجزء الشائع، قياسا على الوصيتين بعددين مختلفين في المقدار، لأنهما في الحقيقة راجعتان إلى ذلك.

والقول الثاني: أنه يعطى الوصيتين معا قياسا على الوصيتين بعدد وعين بجامع أن كلا منهما وصيتان مختلفتان، فيجب الجمع بينهما إذا حملهما الثلث.

القول الثالث: أن له ثلث ما سوى الدراهم أولا، ويعطى من الدراهم الأكثر من العدد الموصى به ومن ثلثه. فإذا كانت التركة أصولا وعروضا ومائتي مليون، وأوصى بثلثه ومائة مليون أعطى الموصى له ثلث الأصول والعروض والحيوان. وأعطي مائة مليونا لأنها أكثر من ثلث الدراهم. وإذا كانت الوصية بخمسين مليونا فإنه يعطى ثلث المائتي مليون لأنها أكثر من العدد المسمى، وهكذا.

القول الرابع: أنه يعطى الوصيتين معا، يعطى الجزء المشاع من رأس المال ثم يعطى العدد الموصى به مما بقي إذا حمل الثلث ذلك، أو أجازه الورثة.

القول الخامس: انه إذا كانت التركة كلها عين ليس فيها عرض فإنه يعطى أكثر الوصيتين ولا يجمع له بينهما. وإن كانت التركة عرضا فإنه يجمع له بين الوصيتين، ويضرب بهما وإذا كانت التركة عرضا وعينا فإنه يضرب بثلث العرض. وبالأكثر من ثلث العين أو التسمية وإن لم تكن معه وصايا فإنما له الثلث إلا أن يجيزه الورثة[2].

1ـ انظر المدونة 313/4 المنتقى 152/6 ـ الذخيرة 64/7 ـ الرهوني 264/8.

2ـ انظر الذخيرة 66/7 ـ الرهوني وكنون 263/8 ـ 264.

المطلب التاسع:

في الوصية بعين وعدد مسمى

مثل الوصية له في إحدى الوصيتين بداره رقم كذا، أو بدار من دوره، أو سفينة من سفنه والوصية له في الأخرى بمبلغ مالي، كألف درهم أو مائة ألف درهم.

وقد اختلف فيهما. فالمعروف انه يعطى الوصيتين، لأنهما وصيتان مختلفتان لا يصح أن تكون إحداهما مؤكدة لأخرى، ولا ناسخة لها، فيجمع له بينهما، وقوفا مع لفظ الموصي، وقياسا على الوصية له بدار وأرض، وقيل يعطى أكثرهما قيمة.

المطلب العاشر:

في الوصيتين بعين ومبهم من جنس ذلك المعين

مثل الوصية له في إحدى الوصيتين بداره رقم كذا، أو سيارته رقم كذا والوصية له في الأخرى بدار من دوره، أو سيارة من سياراته.

وقد قال فيها أشهب يعطى الوصيتين معا. لأنهما مختلفتان بالتعيين والإبهام. وهو مخالف لقاعدة حمل المطلق على المقيد. فإن ذلك يقتضي إعطاءه الموصى به المعين.

ولهذا قال اللخمي معلقا على قول أشهب: انه يتجه إذا كان ذلك في كتاب واحد أو نسق واحد بغير كتاب. وأما إن كانتا بغير كتاب وذكرهما في يومين ففيه نظر لاحتمال الإخبار عما مضى. وان قدم النكرة فهو اشكل لاحتمال أن يكون المعين بيانا للمبهم[1].

ونشير في آخر هذا المبحث إلى أنه إذا نص في إحدى الوصيتين على إلغاء الأخرى أو على الجمع بين الوصية الأولى والثانية فإنه يعمل بمقتضى ما نص عليه في جميع ما سبق[2].

1- الذخيرة 63/7.

2- راجع الرهوني 263/8 ـ المنتقى 152/6 ـ المعيار 399/9.

المبحث الثاني:
في تعدد الوصية والموصى له

كما قلنا سابقا هناك اتفاق على مشروعية الوصية لأكثر من واحد. إلا أن هذه الوصية لمتعدد تختلف أحكامها باختلاف أحوالها وصورها. فقد يوصي الميت لمتعدد في وصية واحدة يشركهما فيها. وقد يوصى لكل واحد منهما بغير ما أوصى به للآخر، أو عين ما أوصى به للأول، أو ببعض ما أوصى به، كما قد يوصي لأحدهما برقبة المعين، وللآخر بمنفعتها. أو يوصي لأحدهما بغلتها، وللآخر بمنفعتها، أو بمرتب من غلتها. أو يوصي لأحدمها بشيء ويوصي ببيعه للآخر، أو يوصي لأحدهما بعدد، ويوصي للآخر بجزء شائع، ولتفصيل ذلك نقسم هذا المبحث إلى مطالب تسعة.

المطلب الأول:
في الوصية لمتعدد يشركهما فيها

مثل الوصية لخالته وعمته بداره او أرض. وهي وصية لا خلاف في اشتراكهما في الموصى به، واقتسامه بينهما بالتساوي، إلا بنص من الموصي على تفضيل أحدهما على الآخر، وسواء أشركهما في الوصية ابتداء، أو أوصى لأحدهما ثم أشرك الثاني معه في الموصى به. لأن الوصية عقد غير لازم، يجوز للموصي الرجوع فيه، وتغييره بإشراك طرف آخر مع الموصى له في الوصية، وقد سبق الحديث عن التشريك في الوصية[1].

[1]- راجع ما سبق في المطلب الخامس عشر من مبحث الموصى له.

المطلب الثاني:

الوصية لكل واحد منهما بغير ما أوصى به للآخر من الأعيان، والمنافع، والمرتبات

مثل أن يوصي لأحدهما بداره، وللآخر بأرضه، أو يوصي لأحدهما بألف درهم كل سنة، ولآخر بألفين كل عام، أو يوصي لأحدهما بغلة عمارته، وللآخر بثمار أشجاره ونحو ذلك.

وهي وصايا لا خلاف بين الفقهاء أن لكل واحد وصيته إذا حملها الثلث، أو أجاز الورثة ذلك. لأنها وصايا مختلفة، لا يمكن أن تكون إحداهما ناسخة للأخرى، وليس في الثانية تصريح بالرجوع عن الأولى.

المطلب الثالث:

في الوصية لأحدهما بعين ما أوصى به للآخر من المعينات

مثل الوصية لأحدهما بهذه الأرض، أو هذه الدار، أو بسيارته رقم كذا، أو سفينته الفلانية، أو بهذه المائة درهم. أو بدينه الذي له على فلان. ثم يوصي للثاني بنفس الأرض، أو الدار، أو السيارة، أو السفينة، أو الدين الذي أوصى به للأول. وهي وصايا اختلف فيها الفقهاء على قولين[1].

الأول: انهما يشتركان في الموصى به المعين، ويقسم بينهما نصفين إذا حمله الثلث، أو أجازها الورثة، وإلا فما حمله الثلث، وهو مذهب الجمهور وأئمة الفتوى.

والقول الثاني: وهو لعطاء وطاوس أن الوصية الثانية ناسخة للأولى، قياسا على النصين المتعارضين، فإن الثاني المتأخر منهما ينسخ المتقدم.

---

[1] ـ انظر المنتقى 161/6 ـ المدونة 314/4 ـ المغني 64/6 ـ نهاية المحتاج 96/6. الفتاوي الهندية 93/6 ـ الأم 124/4.

وحجة الجمهور قياس الوصايا على المواريث، بجامع أن كلا حقوق مقدرة في المال تنتقل عن ميت إلى مالك دون عوض، فكما يدخل العول في المواريث عند ضيق المسألة عن فروضها، فكذلك الوصايا يدخلها المحاصة في الموصى به عند تعارض حقوق الموصى لهم في الموصى به، ولا يبطل حق أحد بشك، ما دام الموصي لم يصرح بالرجوع عن الوصية الأولى. واتفق القولان على أنه إذا كان في الوصية الثانية ما يقتضي الرجوع عن الأولى صراحة فإن الأولى تبطل، ويختص الموصى له الثاني بالموصى به، مثل أن يقول ما أوصيت به لفلان أعطوه لفلان: شخص آخر، ولا تعطوه للأول.

واختلف في الرجوع غير الصريح مثل أن يقول: الدار التي أوصيت بها لفلان، أو الشيء الذي أوصيت به لفلان هو لفلان، فقال مالك لا يعتبر ذلك رجوعا، والموصى به بينهما نصفين، حتى يصرح بالرجوع عن الأولى.

وقال ابن المواز يعتبر ذلك رجوعا، ولا شيء للموصى له الأول في الموصى به. وهو قول الحنفية والشافعية[1].

ووجهه أن تعريف المسند إليه، والإتيان بضمير الفصل يفيدان القصر، والقصر يفيد إثبات الحكم للمذكور، ونفيه عما عداه. فقوله الدار التي أوصيت بها لعمرو هي لزيد، معناه هي له وحده.

والأصح قول مالك انه لا يعتبر رجوعا إلا ما كان صريحا في الرجوع، ومن هنا وقع الإفتاء فيمن قال في وصيته: داري لفلان لا يشاركه فيها أحد، ثم أوصى بها للآخر، وقال في وصيته: هي لفلان غير الأول لا يشاركه فيها أحد، بأنها تكون بينهما، ولا عبرة بقوله في الأولى والثانية لا يشاركه فيها أحد. كما انه إذا قال في وصيته الأخيرة. لا عهد لي سواها لم يكن ذلك نسخا للأولى[2].

1- المنتقى 161/6 الفتاوي البزازية 437/6 الام 124/4.

2- انظر المعيار 487/9 - 447 - 265 - 389 - شرح العمل الفاسي ص 128.

واختلف إذا لم يقبل الثاني، هل تكون للأول أو للورثة: فعلى القول بان ذلك رجوع فلا شيء للأول، ويرجع الموصى به ميراثا بين الورثة، وعلى القول بأنه ليس برجوع، فإن الجميع يكون للثاني، ولا شيء فيه للورثة[1].

كما اختلف إذا كان الموصى له الأخير وارثا. فقال الشافعية ذلك رجوع. ولا شيء للموصى به الأول، والخيار للورثة في إمضائه للوارث ورده، وهو قول الحنفية[2].

وقال ابن القاسم وأشهب من المالكية: هو بينهما، وللوارث الخيار في رد نصيب الوارث، ووجهه انه أوصى به في وجهين فاقتضى التشريك بينهما[3].

المطلب الرابع:

في الوصية لأحدهما بشيء معين، وللآخر بجزء شائع من ذلك المعين نفسه

مثل الوصية لأحدهما بداره، وللآخر بنصفها، أو الوصية لأحدهما بأرضه، او سيارته المعينتين والوصية للآخر بثلثها، أو ربعها، ونحو ذلك.

وقد اختلف فيها على أقوال:

القول الأول: أنه يقسم بينهما بالحصص فإذا كانت الوصية لأحدهما بالكل وللآخر بثلثه قسم بينهما أرباعا، للموصى له بالكل ثلاثة أرباع. وللموصى له بالثلث ربع، لأن مقام الثلث ثلاثة، فصاحب الكل له ثلاثة. وصاحب الثلث له واحد، المجموع أربعة. وإذا كانت الوصية لأحدهما بالكل وللآخر بالنصف قسم بينهما أثلاثا، وهكذا. وهذا قول الجمهور[4].

1. نهاية المحتاج 97/6.
2. نهاية المحتاج 97/6 الفتاوي الهندية 93/6.
3. المنتقي 161/6.
4. انظر المغني 65/6.

القول الثاني: أن للموصى له الثاني وصيته كاملة، والباقي للأول، فإذا كانت الوصية للثاني بالثلث اعطي الثلث. وللأول الثلثان. وإذا كانت الوصية للثاني بالنصف اعطي الثاني النصف، والأول النصف، وهو قول طاوس ومن معه[1].

والقول الثالث: أن الموصى لهما يشتركان في الجزء الموصى به ثانيا. والباقي يختص به الموصى له الاول، فإذا كانت الوصية الثانية بالثلث اعطى الموصى له بالكل الثلثين أولا، والثلث الباقي يقسم بينهما انصافا. فيأخذ الاول خمسة أسداس الموصى به. ويأخذ الموصى له بالثلث السدس. وإذا كانت الوصية الثانية بالنصف اعطي الموصى له بالكل النصف أولا، والنصف الآخر يقسم بينهما نصفين، وهكذا. وهو قول أبي حنيفة وبعض الشافعية[2].

وسبب الخلاف أمران:

الاول: هل الوصية الثانية رجوع عن الاولى أو تشريك للثاني مع الأول؟

والامر الثاني: هل يقسم الموصى به بينهما بالحصص على طريق العول أو على طريق التداعي؟

فمن رأى أن الوصية الثانية بالجزء نسخ للوصية الاولى بالكل قال يعطى للموصى له الثاني جميع الجزء الموصى له به. والباقي يأخذه الموصى له بالكل، بمنزلة الخاص مع العام. لأن الوصية بالكل كالوصية بالعام. والوصية بالجزء كالوصية بالخاص، والخاص مقدم على العام، وناسخ له، أو مخصص فيما تعارضا فيه. وهو قول طاوس والحنفية.

ومن رأى ان الوصية الثانية تشريك للثاني مع الاول، وان القسمة بينهما بالحصص على طريق العول قال: يقسم بينهما بالحصص، وهو رأي الجمهور.

ومن رأى أن الوصية الثانية تشريك وان القسمة بينهما على طريق التداعي قال: يعطى للموصى له بالكل أولا ما زاد على الجزء الموصى به للثاني. لأن الثاني لا ينازعه فيه. ثم يقتسمان الجزء الموصى به للثاني، لاشتراكهما في الوصية لهما به. الاول بطريق

1ـ نفس المرجع والصفحة.

2ـ انظر نهاية المحتاج 97/6 الفتاوي الهندية 130/6.

دلالة التضمن لاندراجه في الوصية بالكل. والثاني موصى له بدلاله المطابقة. وإذا قال ما أوصيت به لفلان فنصفه او ثلثه لفلان كان للموصى له ثانيا ما سماه له والباقي للاول بناء على أن الثانية رجوع عن الاولى[1].

المطلب الخامس:

في الوصية لأحدهما بمعين والوصية للآخر ببعض معين من ذلك الكل

مثل الوصية لأحدهما بعمارة معينة والوصية للآخر بشقة معينة منها أو بالطابق الأسفل منها أو يوصي لأحدهما بدار ويوصي للآخر ببيت بعينه منها[2].

والجمهور أن الموصى له بالكل يختص بما عدا البعض الموصى به للثاني ثم يشارك الثاني في ذلك البعض الموصى به للثاني لاشتراكهما في الوصية لهما به أحدهما بالمطابقة، والآخر بالتضمن فيقسم بينهما نصفين، ففي الصورة الاولى تقسم الشقة أو الطابق الاسفل بين الموصى له بالعمارة وبين الموصى له بالشقة أو الطابق الأسفل. وسائر العمارة يبقى للموصى له بالعمارة. وهكذا في المثال الثاني يأخذ الموصى له ما عدا البيت. ثم يقاسم الموصى له بالبيت ذلك البيت لكل منهما النصف بناء على أن الوصية الثانية تشريك. ومن يراها رجوعا يقول بإعطاء البيت والشقة والطابق الأسفل للموصى له الثاني. ويأخذ الموصى له بالكل ما عدا ذلك. ومن هذا القبيل من أوصى لشخص بثلاث سيارات أو ثلاث دور أو ثلاث سفن له ثم اوصى لشخص آخر بسيارة بعينها أو دار أو سفينة بعينها من تلك الثلاثة. فإن الموصى له بالثلاثة يأخذ الاثنين الباقيين. والثالث الموصى به للثاني يقسم بين الموصى له بالثلاثة والموصى له بالواحد المعين من تلك الثلاثة لاشتراكهما في الوصية لهما به بطريق المطابقة والتضمن[3].

---

1 - انظر المغني 66/6 - الفتاوي الهندية 93/6.

2 - انظر الفتاوي الهندية 125/6.

3 - انظر المنتقى 62/6.

وكذلك إذا أوصى لشخص بألف درهم بعينها ثم اوصى للآخر بمائة منها فإن الموصى له بالألف يأخذ تسعمائة ثم يقاسم الموصى له بالمائة فيأخذ خمسين والآخر خمسين[1].

وقد وافق الحنفية على اختصاص الموصى له بالكل بما عدا الجزء المعين. ومشاركته لصاحب الجزء في الجزء الموصى به إلا أنهم اختلفوا في كيفية اقتسامه. فعند أبي حنيفة يقسم بينهما على طريق المنازعة. وعند أبي يوسف على طريق المضاربة بمنزلة من أوصى بجميع ماله لشخص وبثلثه للآخر[2].

المطلب السادس:

في الوصية لكل واحد منهما بجزء شائع من ماله

وتتنوع إلى خمسة أقسام:

1ـ الوصية لكل واحد منهما بأقل من الثلث.

2ـ الوصية لكل منهما بالثلث.

3ـ الوصية لأحدهما بالثلث مثلا فأقل ولآخر بأكثر من الثلث.

4ـ الوصية لأحدهما بالثلث مثلا وللآخر بنصيب وارث.

5ـ الوصية لأحدهما بالثلث وتنزيل الآخر منزلة ولده.

ففي القسم الأول: إذا اوصى لكل واحد بأقل من الثلث أو أوصى لأحدهما بالثلث ولآخر بأقل منه فإنه لا خلاف بين الفقهاء في إعطاء كل واحد وصيته إذا حملهما الثلث كسدس لكل واحد منهما أو أجاز ذلك الورثة، فإن زادتا على الثلث كربع لأحدهما وخمس لآخر تحاصا في الثلث. ويضرب كل واحد بوصيته. للموصى له بالربع خمسة أتساع الثلث. وللموصى له بالخمس أربعة اتساع الثلث[3].

1ـ الفتاوي الهندية 125/6.

2ـ نفس المرجع والصفحة.

3ـ الذخيرة 71/7 ـ المنتقى 160/6 ـ الفتاوي الهندية 98/6.

وفي القسم الثاني: إذا أوصى لكل واحد منهما بالثلث هناك خلاف.

مذهب الجمهور أن الثلث بينهما نصفين، لاشتراكهما في الوصية به. وقيل الوصية الثانية ناسخة للأولى، على الخلاف والتفصيل السابقين في الوصية لكل واحد منهما بعين ما اوصى به للآخر[1].

وفي القسم الثالث: إذا اوصى لأحدهما بأكثر من الثلث، ولآخر بالثلث فأقل، أو أوصى لكل واحد منهما بأكثر من الثلث، أو بجميع المال فإن هناك تفصيلا بين إجازة الورثة، وردهم.

فإن أجازوا فالجمهور على أن كل واحد يضرب بوصيته، ويقتسمون على طريق العول. فإذا اوصى لواحد بالثلث، وللآخر بالنصف ضرب صاحب النصف بنصفه، وصاحب الثلث بثلثه. ويقسم المال على ستة للموصى له بالنصف ثلاثة، وللموصى له بالثلث اثنان، والباقي للورثة.

وإذا أوصى لأحدهما بجميع ماله. وللآخر بنصفه، فإن الموصى له بالجميع يضرب بالجميع: اثنان، وصاحب النصف بواحد، فيعطي لصاحب النصف واحد من ثلاثة، وللآخر اثنان من ثلاثة. وهكذا.

وقال أبو حنيفة يقسم المال بينهما على طريق المنازعة. فالموصى له بالجميع يعطى النصف أولا، لأن الموصى له بالنصف لا ينازعه فيه. ثم يقتسمان النصف المتنازع فيه نصفين، لاشتراكهما فيه. فيأخذ الموصى له بالجميع ثلاثة أرباع المال. والموصى له بالنصف الربع الباقي[2].

وفي حالة الرد يرى جمهور الفقهاء أيضا أن كل واحد يضرب بجميع وصيته في الثلث. ويرى أبو حنيفة أن الموصى له بأكثر من الثلث لا يضرب إلا بالثلث، فإذا أوصى لأحدهما بالنصف، وللآخر بالثلث. أو اوصى لأحدهما بجميع المال، وللآخر بالنصف، فإن الثلث يقسم بينهما نصفين، لأن الزائد على الثلث باطل برد الورثة، والباطل لا يعتد به، فلا يحاصص به عند أبي حنيفة.

1- المعيار 395/6 ـ 365 ـ الفتاوي الهندية 98/6 ـ الذخيرة 65/7 ـ 16 الام 136/4.

2- راجع المدونة 314/4 ـ الذخيرة 71/7 الفتاوي الهندية 98/6 ـ المغني 47/6.

وعند الجمهور يضرب الموصى له بالجميع بثلاثة، لأنها جميع المال. ويضرب الموصى له بالثلث بواحد، فيقسم الثلث بينهما على أربعة. بنسبة الحصص، للموصى له بالجميع ثلاثة أرباع الثلث، وللموصى له بالثلث ربع الثلث. ومثل ذلك يجري في الوصية لأحدهما بالنصف، وللآخر بالثلث. فإذا لم يجز الورثة فإن الثلث يقسم بينهما على خمسة. للموصى له بالنصف ثلاثة أخماس الثلث. وللموصى له بالثلث خمسا الثلث[1].

وحجة الجمهور أن الموصي فضل بينها في الوصية حين اوصى لأحدهما بأكثر من الآخر، فيجب تنفيذ وصيته في أصل التفضيل. وتمنع التسوية بينهما بعموم قوله تعالى: ﴿**فمن بدله بعدما سمعه فإنما إثمه على الذين يبدلونه**﴾[2].

وعموم حديث (المسلمون على شروطهم) [3].

وبالنسبة للقسم الرابع إذا أوصى لأحدهما بجزء مقدر، ولآخر بنصيب الوارث، هناك خلاف[4].

القول الأول: انه يبدأ بإخراج الجزء المقدر أولا. ثم يقسم الباقي بين الورثة والموصى له بالنصيب بتقديره زائدا كما يقول الحنفية والشافعية والحنابلة، أو إعطائه نصيب الوارث غير مقدر زائدا كما يقول المالكية، فإن زادت الوصيتان معا على الثلث، ولم يجز الورثة الزيادة اشتركا في الثلث، بنسبة ما لكل واحد منهما في حال الإجازة.

والقول الثاني، أنه يعطى للموصى له بالنصيب مثل نصيب الوارث ابتداء من رأس المال. كما توخذ الوصية بالجزء المقدر من رأس المال أيضا، فتجتمع وصيتان. فإن حملهما الثلث، أو أجازهما الورثة اخذ كل واحد وصيته، وإن لم يجز الورثة الزيادة تحاصا في الثلث.

مثال ذلك من ترك ثلاثة بنين، وأوصى لشخص بمثل نصيب ابنه، ولآخر بثلث ماله. فعلى القول الأول يعطى للموصى له بالثلث ثلثه، تبقى اثنان. تقسم على الأولاد الثلاثة والموصى له بمثل نصيب الابن المنزل منزلته، وهي منكسرة عليهم، توافقهم

1ـ الفتاوي الهندية 98/6 ـ الفقه على المذاهب الأربع 344/3 ـ المغني 47/6 الام 136/4.

2ـ من الآية 180 البقرة.

3ـ سبق تخريجه.

4ـ راجع المغني 38/6 ـ أحكام الوصايا والأوقاف فراج ص 175 الفتاوي الهندية 100/6

بالانصاف. يضرب نصف عددهم في ثلاثة مخرج الوصية المجموع ستة، للموصى له بالثلث اثنان. ولكل ابن واحد. وللموصى له بالنصيب واحد أيضا.

وعلى مذهب المالكية القائلين بإعطاء الموصى له بنصيب الابن، أو مثل نصيبه مثل نصيب الموصى بنصيبه فإنه يعطى للموصى له بالثلث ثلثه، وللموصى له بمثل نصيب الابن ثلث الباقي، والباقي يقسمه الأبناء الثلاثة بينهم، والعمل في ذلك أن تصحح الفريضة بوصيتها من تسعة، لانكسار الباقي بعد الوصية على رؤوس الأبناء، يأخذ الموصى له بالثلث ثلاثة، تبقى ستة. لكل ابن اثنان، فيعطى الموصى له بمثل النصيب اثنين منها، تبقى أربعة للأبناء، منكسرة عليهم تضرب عدد رؤوسهم في المسألة بسبعة وعشرين. ومن له شيء أخذه مضروبا فيما ضربت فيه المسألة، للموصى له بالثلث ثلاثة في ثلاثة بتسعة. وللموصى له بمثل النصيب اثنان في ثلاثة بستة. وللأبناء الثلاثة أربعة في ثلاثة باثني عشر، لكل واحد أربعة.

وبهذا يأخذ الموصى له بمثل نصيب الابن أكثر مما يأخذه الابن على مذهب المالكية، وقدره على مذهب غيرهم على القول الأول.

وعلى القول الثاني للموصى له بالثلث ثلثه، وللموصى له بمثل النصيب الربع عند من يعتبره زائدا. أو الثلث على مذهب مالك.

ففي المثال الأول تصحح الوصيتان من اثني عشر، لاجتماع الثلث والربع، للموصى له بالثلث أربعة. وللموصى له بالنصيب ثلاثة، تبقى خمسة، منكسرة على الأبناء. تضرب عدد رؤوسهم في أصل المسألة بستة وثلاثين، للموصى له بالثلث أربعة في ثلاثة باثني عشر، وللموصى له بالنصيب ثلاثة في ثلاثة بتسعة، وللأبناء خمسة في ثلاثة بخمسة عشر، لكل ابن خمسة. وعلى مذهب مالك تصحح الوصيتان من ثلاثة، لتماثل الثلثين يعطى للموصى له بالثلث واحد، وللموصى له بمثل النصيب واحد، يبقى واحد منكسر على الأبناء. وتضرب عدد رؤوسهم في أصل المسألة بتسعة. للموصى له بالثلث ثلاثة. وللموصى له بمثل النصيب ثلاثة تبقى ثلاثة، لكل ابن واحد.

وفي حالة الرد يتحاص الموصى له بالثلث والموصى له بنصيب الوارث في الثلث بالحصص، بنسبة ما لكل منهما في حال الإجازة على جميع الأقوال. وقد أخذ القانون

المصري في مادته الثانية والأربعين بالرأي الثاني القائل بإخراج الوصية بالنصيب من رأس المسألة مثل الوصية بالجزء.

والقول الأول أصح وأصوب، وأوفق بقواعد الإرث، من تقديم الوصية على الميراث. والثاني مخالف لنص القرآن في قوله تعالى: من بعد وصية يوصي بها أو دين. ومخالف لنص الوصية. فإن الموصي أوصى لصاحب النصيب بمثل نصيب الابن، ونصيب الابن إنما يتحقق بعد إخراج الوصية. فإعطاؤه مثل نصيب الابن قبل إخراج الوصية مخالف للآية ولنص الوصية، إلا أن بعض شراح القانون المصري برر ذلك بأن الموصي وضع الوصيتين في موضع واحد، وهو تبرير غير سديد فإن الموصي لم يضعهما في موضع واحد ما دام قد أوصى لصاحب النصيب بنصيب الابن. أو مثل نصيبه. والابن لا يأخذ نصيبه إلا بعد الوصية. فكيف يصح القول بأنه سوى بينهما، والوصية بالجزء تخرج من رأس المال، والوصية بالنصيب تخرج من الباقي.

وفي القسم الخامس إذا أوصى لأحدهما بشائع كثلث. ونزل الأخ منزلة ولده. فإن الوصية تخرج أولا، والباقي يقسم على الورثة والمنزل حسب مقتضيات التنزيل.

كمن أنزل أولاد ولده منزلة أبيهم، وترك ثلاثة أبناء، وأوصى بثلث ماله لرجل، فإن مسألة الورثة أربعة. وتصح من اثني عشر، لانكسار سهم المنزلين عليهم، فلكل ابن ثلاثة، وللمنزلين ثلاثة. لكل واحد سهم، ومخرج الوصية من ثلاثة. للموصى له واحد. والاثنان الباقيان موافقان لما صحت منه مسألة الورثة في النصف. يضرب نصف المسألة في مخرج الوصية بثمانية عشر. للموصى له ثلثها، ستة. وللمنزلين ثلاثة تبقى تسعة. لكل ابن ثلاثة. فإن رد الورثة الزيادة على الثلث ردت الوصيتان: الوصية بالثلث. والتنزيل إلى الثلث، يتحاصان فيه. للموصى له بالثلث ثلثا الثلث. وللمنزلين ثلث الثلث اثنان. وهما منكسران عليهما. مباينان لهم. فتضرب عدد رؤوسهم في ثمانية عشر، بأربعة وخمسين. للموصى له أربعة في ثلاثة باثني عشر. وللمنزلين اثنان في ثلاثة ستة، لكل واحد اثنان. ولكل ابن أربعة في ثلاثة باثني عشر[1].

1- انظر الإيضاح والتحصيل لأبي الشتاء الصنهاجي ص 281.

المطلب السابع:

في الوصية لأحدهما بجزء شائع، ولآخر بعدد مسمى

مثل الوصية لأحدهما بثلث أو ربع، ولآخر بمليون درهم أو مليونين.

وقد اتفق الفقهاء على إعطاء كل واحد وصيته إذا حملهما الثلث. لأنهما وصيتان مختلفتان، لا يصح أن تكون إحداهما ناسخة للأخرى، فإن ضاق الثلث عنهما، فهناك أقوال ثلاثة.

الأول: تقديم الوصية بالجزء على الوصية بالعدد.

والثاني: تقديم الوصية بالعدد على الوصية بالجزء.

والثالث: انهما يتحاصان. وهو المشهور في مذهب مالك. يضرب صاحب الثلث مثلا بثلثه، وصاحب العدد بنسبته من التركة. فإذا كانت التركة ثلاثمائة، وأوصى لشخص بثلثه، ولآخر بخمسين فإن ثلث التركة الذي هو مائة يقسم بينهما، يضرب صاحب الثلث بالثلث، وصاحب الخمسين بالسدس، لأنها سدس التركة، فتقسم المائة بينهما أثلاثا، لصاحب الخمسين ثلثها. ولصاحب الثلث ثلثاها.

واتفق المالكية كما قال ابن رشد على أنه إذا قال الموصي في وصيته: لفلان الثلث، ولفلانة مائة من الثلث مثلا، على البدء بالعدد، وما بقي من الثلث يعطى لصاحب الثلث[1].

كما أنه إذا قال: لفلان الثلث لا ينقص من ثلثه شيء، فإنه يقدم صاحب الثلث، ولا شيء لصاحب العدد. وإذا قال لا ينقص لصاحب العدد من عدده شيء لم يكن لصاحب الثلث شيء إذا استغرق العدد جميع الثلث. كمن أوصى بألف لشخص وبثلثه لآخر. والتركة كلها ثلاثة آلاف. فإذا قال لا ينقص صاحب الثلث شيئا من ثلثه

---

[1] ـ انظر المعيار 359/9 بناني 193/8.

أعطي الألف ولا شيء للموصى له بالألف. وإذا قال: لا ينقص صاحب الألف من ألفه شيئا أعطي الألف ولا شيء لصاحب الثلث[1].

المطلب الثامن:

في الوصية لأحدهما بجزء شائع ولآخر بمعين

مثل الوصية لأحدهما بداره أو أرضه، ولآخر بثلثه أو ربعه. والحكم فيها يختلف باختلاف حالات الوصيتين، فقد يحملهما الثلث، وقد لا يحملهما الثلث ويجيز ذلك الورثة، وقد يمنع الورثة ما زاد عن الثلث.

ففي الحالة الأولى: إذا كان الثلث يحملهما معا، كالوصية بدار تساوي السدس، ولشخص بالسدس هناك قولان: الأول أن الموصى له بالمعين يأخذ جميع المعين الموصى له به، لحمل الثلث له. والموصى له بالسدس يأخذ سدسه في بقية المال. فيشارك الورثة بالخمس. وهو مذهب مالك[2].

والقول الثاني: أن الموصى له بالجزء يأخذ وصيته في غير المعين، ثم يشارك الموصى له بالمعين في ذلك المعين، يقتسمانه بينهما على قدر حقيهما فيه. لاشتراكهما في الوصية به[3]. فالموصي أوصى له به مطابقة. والموصى له بالجزء أوصى له بجزئه تضمنا، فالموصى له بالسدس يأخذ السدس في التركة ويشارك الموصى له بالدار.

وفي الحالة الثانية إذا كان الثلث لا يحملهما معا وأجاز الورثة ذلك كما لو أوصى لأحدهما بدار تساوي ثلث ماله. ولآخر بثلث ماله وأجاز الورثة ذلك فإن هناك قولين أيضا[4].

الأول: أن للموصى له بالثلث جميع الثلث. وللموصى له بالدار جميع الدار، لصحة إنفاذ الوصيتين.

1_ الذخيرة 67/7.

2_ المدونة 307/4.

3_ المغني 113/6.

4_ الذخيرة 72/7 _ المغني 115/6.

والقول الثاني: أن للموصى له بالثلث ثلثي الثلث. وللموصى له بالدر ثلثي الدار. وثلث الدار الباقي يقسم بينهما نصفين لاشتراكهما في الوصية به.

وفي الحالة الثالثة إذا جاوزت الوصيتان الثلث ورد الورثة الزائد على الثلث هناك[1] قولان:

الأول: أن الثلث بينهما نصفين لاستوائهما فيه.

والقول الثاني: أنه يبدأ بالموصى له بالثلث، ولا شيء للموصى له بالمعين، لأن الميت إنما أوصى له من ثلثي الورثة.

المطلب التاسع:

في الوصية لشخص بشيء والوصية ببيعه لشخص آخر

مثل الوصية لأحدهما بداره أو سيارته، ثم الوصية للآخر ببيع تلك الدار أو السيارة له.

وقد اختلف الفقهاء فيها على أقوال[2].

الأول: أن الوصية بالبيع رجوع عن الوصية الأولى.

والقول الثاني: أنه ليس برجوع. ويباع الموصى به للموصى له بالبيع بنقص ثلث ثمنه. لأنه أوصى له بثلثه ضمنا، كما سبق في الوصية بالبيع. ويعطى الثمن للموصى له بالرقبة، جمعا بين الوصيتين ما أمكن، وهو أولى من إلغاء إحداهما.

القول الثالث: أنه إذا لم يكن له مال فالثلث بينهما على أربعة أجزاء. للموصى له بالرقبة ثلاثة أرباع الثلث. وللموصى له بالبيع ربع الثلث. قياسا على من أوصى بجميع ماله لشخص، وبثلثه لآخر. لأن الموصى له بالبيع موصى له بالثلث. والموصى له بالرقبة موصى له بالجميع. فيقسم الثلث بينهما أرباعا. وإن قال هو لفلان ويبعوه لفلان في كلام متصل بيع من الموصى له بثلثي ثمنه. واعطي هذان الثلثان للموصى له بالرقبة.

1ـ المرجعين أعلاه.

2ـ انظر الذخيرة 65/7.

وان امتنع الموصى له ببيعه من شرائه اعطي ثلث ثمنه للورثة، على قاعدة الوصية المردودة، فإنها ترجع ميراثا بين الورثة.

ونختم هذا المبحث بالإحالة على المطالب المتعلقة بالوصية برقبة شيء لشخص ومنفعته لآخر. والوصية بمنفعته لشخص والمرتب من غلته لشخص آخر. والوصية برقبة شيء والمرتب من غلته لشخص آخر، وغير ذلك مما سبق ذكره في الوصية بالمنافع والمرتبات فلا حاجة لإعادته.

المبحث الثالث:
في تقديم بعض الوصايا على بعض

نخصص هذا المبحث لتقديم بعض الوصايا على بعض عند ضيق الثلث عن حملها في حالة منع الورثة الزائد على الثلث، أو ضيق المال عنها في حالة الإجازة. وهي مسألة اختلف فيها الفقهاء اختلافا كثيرا.

1ـ مذهب الظاهرية أنه يبدأ الأول. فالأول بحسب صدورها من الموصي، فإذا تم الثلث بطل ما زاد عليه، ولا يحل تنفيذه ولا ينظر في ذلك إلى أهم ولا مهم[1]، بناء على أصلهم من منع الوصية بأكثر من الثلث.

فإذا أوصى شخص بثلث ماله أو ما يساويه من الأعيان، ثم أوصى لآخر بربع ماله، أو ما يساويه. أخذ الموصى له بالثلث ثلثه ولا شيء للموصى له بالربع لاستغراق الوصية الأولى الثلث، وبطلان ما زاد على الثلث عندهم. وقوفا مع ظاهر حديث (الثلث والثلث كثير) وإذا أوصى أولا لصاحب الربع فإن صاحب الربع يأخذ ربعه كاملا، ويعطى للموصى له بالثلث بقية الثلث.

القول الثاني وهو مذهب الشافعية والحنابلة أنه يبدأ بحقوق الله، ثم حقوق العباد، ثم التبرعات في المرض، ثم الوصايا المعلقة على الموت على التفصيل التالي.

1ـ حقوق الله تعالى الواجبة. وهي مقدمة على حقوق العباد وعلى ما بعدها. وتخرج من رأس المال، سواء أوصى بها، أو لم يوص. وهي فيما بينها متساوية، لا يقدم بعضها على بعض. والخيار للوصي في البدء بما شاء منها لاستوائها في الوجوب.

وحجتهم في إخراجها من رأس المال قوله تعالى: ﴿**من بعد وصية يوصي بها أو**

---

[1]ـ راجع المغني 73/6 ـ 48 ـ 159 ـ 160 ـ نهاية المحتاج 5/6 ـ 6 ـ 56 ـ 57 ـ الذخيرة 98/7 ـ المحلى 333/9 ـ الام 107/4.

دين﴾[1]. وهي مطلقة تشمل دين الله، ودين الآدمي،. والمطلق محمول على إطلاقه، حتى يرد ما يقيده. ولا وجود له.

أما حجتهم على تقديمها على حقوق الآدمي فحديث. دين الله أحق أن يقضى[2]. وأما تقديمها على العطايا في المرض، وعلى الوصايا فحجتهم في ذلك الحديث. لا صدقة إلا عن ظهر عنى[3]. ولأن دين الله واجب، والتبرعات والوصايا مستحبة والواجب مقدم على المستحب.

2ـ حقوق العباد الواجبة. سواء الثابتة ببينة أو إقرار، تقدمت على الوصايا أو تأخرت. لأن قضاءها واجب والوصايا مستحبة.

وفي المرتبة الثالثة التبرعات المنجزة في المرض. من هبة وصدقة وغيرهما. وهي مقدمة على الوصايا المعلقة على الموت، لأنها لازمة ولا رجوع للمريض فيها. بخلاف الوصية فهي غير لازمة. وله الرجوع فيها. وما لا رجوع فيه أولى مما فيه رجوع. واتفق المذهبان على ترتيبها فيما بينها والبدء بالأول. فالأول بحسب وقوعها. إذا لم يكن معها عتق، كما اتفقوا على التسوية بينها إذا وقعت دفعة واحدة. كما لو أبرأ غرما بكلمة واحدة. قال لهم: أبرأتكم، أو وكل وكلاء على الهبة والصدقة فتصرفوا في وقت واحد.

والمعتبر عند الشافعية في الترتيب وقت القبض. لا وقت العقد، إلا المحاباة فالمعتبر فيها وقت العقد، لأنها تابعة للبيع الذي وقعت فيه. فإذا وهب ولم يقبض، ثم حبس وأقبض قدم الحبس. وإن تأخر في العقد، لتقدمه في القبض، كما أنه إذا باع بمائة ما يساوي مائتين، ثم وهب وأقبض فإن المحاباة تقدم على الهبة لتقدمها في الوقوع وإن لم تقبض.

وأخيرا الوصايا المعلقة على الموت. وهي عندهم في درجة واحدة. ما تقدم منها وما تأخر، لا يقدم بعضها على بعض، إذا لم يكن فيها عتق اتفاقا، وعلى أحد القولين إذا كان فيها عتق، لتساويها في الاستحقاق، فتتساوى في القسمة، كغرماء المفلس، إلا أن

---

[1]ـ من الآية 12، النساء.

[2]ـ سبق تخريجه.

[3]ـ سبق تخريجه.

ينص على تقديم بعضها على بعض، فيعمل بوصيته. كما يعمل بترتيبه إذا قال اعطوا فلانا كذا، ثم فلانا كذا.

3ـ مذهب المالكية: وهو يرى أنه يبدأ بما نص الموصي على التبدئة به فيما يجوز له فيه الرجوع، فإن لم ينص على تبدئة بعض على بعض، فإنه يبدأ بالأهم فالأهم، والآكد فالآكد، تقدم أو تأخر. يبدأ بحقوق العبد، ثم بحقوق الله، ثم بالوصايا بالمال تبرعا[1].

وحقوق العباد المبدأة على حقوق الله عندهم أربعة: الديون، والتبرعات في المرض. وفك الأسير، وصداق المريض وهو مرتبة على هذا الترتيب يبدأ أولا بديون العبد الثابتة ببينة، أو إقرار في الصحة أو المرض لمن لا يتهم عليه. وتخرج من رأس المال، أوصى بها أم لا. لقوله تعالى: من بعد وصية يوصي بها أو دين. وقد برر المالكية البدء بديون العبد على ديون الله بحاجة العبد إلى دينه. واستغنائه تعالى عن ذلك.

ثم التبرعات في المرض من هبة، وصدقة وحبس، ونحو ذلك. وهي بعد ديون الآدمي، ومقدمة على فك الأسير وما بعده من الوصايا على المشهور في مذهب مالك، ولو وصى بتقديم غيرها عليها فإنه لا يعمل بوصيته، لأنها لازمة بالعقد، ولا رجوع فيها، فلو عمل بقوله قدموا عليها كذا، أو ابدؤوا بكذا لأدى ذلك إلى إلغائها عند ضيق الثلث عنها، فيتوصل بذلك إلى الرجوع عنها.

ثم فك أسير أوصى به في صحته أو مرضه، إذا لم يكن وجب عليه في حياته. فإن كان وجب عليه بدئ به من رأس المال، أوصى به أو لم يوص. لأنه واجب.

ثم صداق مريض تزوج في مرضه، ودخل بالزوجة في مرضه، ومات من مرضه، أوصى به أو لم يوص. فإنه يخرج من ثلثه مقدما على حقوق الله، وبعد فك الأسير، لأنه حق للمرأة تقرر لها بالوطء، وإنما أخر عن فك الأسير لما في فك الأسير من تخليصه من الاذاية التي لا توجد في غيره.

وبعد هذه الحقوق الآدمية تأتي حقوق الله من زكاة، وكفارات، ونذور، وهي مرتبة فيما بينها عند المالكية. خلافا للشافعية حسب أهميتها. وآكدها زكاة المال، ثم

[1]ـ انظر المدونة 301/4 ـ الزرقاني 191/8 الحطاب والمواق 378/6 وما بعدها الذخيرة 96/7 وما بعدها.

زكاة الفطر، ثم كفارة الظهار، والقتل، ثم كفارة اليمين فكفارة الفطر، فكفارة التأخير، فالنذر على التفصيل التالي.

يبدأ أولا بعد الأربعة السابقة بالزكوات التي فرط فيها للأعوام الماضية إذا أوصى بها، سواء في ذلك زكاة العين، والحرث والماشية. فإن اعترف بها ولم يوص بها أمر ورثته بإخراجها. ولم يجبروا على ذلك، إلا أن يشهد في صحته ببقائها في ذمته، فإنها تخرج من رأس المال، كسائر الديون لانتفاء التهمة.

كما أن زكاة الحرث والماشية الحالة تخرج من رأس المال، أوصى بها أو لم يوص. بخلاف زكاة العين الحالة، فإنها لا تخرج من رأس المال إلا إذا اعترف بها، وأوصى بإخراجها في صحته أو مرضه، فإن لم يوص بها، ولم يعترف بحلولها لم تخرج، ويحمل على أنه أخرجها. كما أنه إذا اعترف بحلولها ولم يوص بإخراجها لم يجبر الورثة على إخراجها.

وتأتي بعد زكاة المال زكاة الفطر المفرط فيها إذا أوصى بإخراجها، وأما الحاضرة فتخرج من رأس المال إذا أوصى بها. وإن لم يوص بها لم يجبر الورثة على إخراجها. وإنما أخرت زكاة الفطر عن زكاة المال لأن الأولى واجبة بالكتاب، وهذه واجبة بالسنة، والمقطوع به أقوى من المظنون فيقدم عليه.

وفي المرتبة الثالثة كفارة الظهار وكفارة قتل الخطأ، وهما في درجة واحدة. لثبوتهما معا بالكتاب. فإن لم يحمل الثلث إلا إحداهما أقرع بينهما. وقيل يتحاصان لتساويهما. وقبل تقدم كفارة القتل على كفارة الظهار، ثم بعد ذلك كفارة اليمين، وأخرت عن كفارتي القتل والظهار وإن كان الثلاثة واجبة بالكتاب، لأنها واجبة على التخيير، وهما واجبتان على الترتيب.

وبعد كفارة اليمين كفارة الفطر في رمضان أخرت عن كفارة اليمين. لأنها واجبة بالكتاب، وكفارة الفطر واجبة بالسنة، كما قيل في تقديم زكاة المال على زكاة الفطر. إلا أن هذا التوجيه يقتضي تقديم كفارات الظهار والقتل واليمين على زكاة الفطر لوجوبها بالكتاب، ووجوب زكاة الفطر بالسنة.

وبعد كفارة الفطر كفارة التفريط في قضاء رمضان حتى دخل رمضان آخر. وأخرت عن كفارة الفطر، لأن كفارة الفطر ثابتة بالسنة، ومجمع عليها. ولجبر الخلل الواقع في ذات الصوم بإفساده. وكفارة التفريط ثابتة بالاجتهاد، ومختلف فيها بين الفقهاء، ولجبر الخلل في تأخير القضاء فقط.

وبعد كفارة التفريط النذر اللازم في الصحة أو المرض على المشهور. إذا أوصى به، كما قال ابن أبي زيد. وقيل نذر المرض مؤخر عن نذر الصحة، لأنه بمنزلة التبرع بالمال في المرض فيعطى حكم الوصية بالمال، أوصى به أم لا، بخلاف نذر الصحة فلابد من الإيصاء به، وقد وجه تأخير النذر عن كفارة التفريط بأن النذر أدخله الموصي على نفسه. والإطعام في كفارة التفريط واجب بنص الكتاب والسنة فكان أقوى من النذر. والنذر أضعف منه[1]. إلا أن هذا التوجيه ضعيف وغير صحيح.

أولا: كفارة التفريط أدخلها الموصي على نفسه أيضا بتفريطه في القضاء وتأخيره لغير عذر، حتى حل عليه رمضان التالي. فهي مثل النذر كلاهما أدخله الموصي على نفسه. كما أن كفارة الفطر أدخلها الموصي على نفسه، فكان القياس التسوية بينهما.

وثانيا: أن كفارة التفريط لم يثبت فيها حديث مرفوع كما قال ابن حجر[2]. فلا يصح القول بوجوبها بنص السنة. كما أنها لا نص عليها في الكتاب أيضا. وأما قوله تعالى: ﴿**وعلى الذين يطيقونه فدية طعام مساكين**﴾[3]. فهي منسوخة على الصحيح. وعلى القول بعدم نسخها فهي محمولة على الشيخ الكبير والمرأة العجوز الذين يرهقهما الصوم، رخص لهما في الفطر والإطعام، إلا أن الإطعام في حقهما مستحب، والنذر واجب. فلا يصح القول بتقديم المندوب على الواجب كما أن الإطعام في حقهما ليس للتفريط في القضاء[4].

1ـ الزرقاني 192/8 الموافق 380/6 الذخيرة 100/7.
2ـ الفتح 190/4.
3ـ من الآية 184 البقرة.
4ـ انظر جامع الأحكام 193/2.

وثالثا: أن النذر واجب الوفاء به كتابا، وسنة وإجماعا، أما الكتاب فقوله تعالى:﴿ وليوفوا نذورهم وليطوفوا بالبيت العتيق﴾[1]. فهذا أمر، والأمر للوجوب. وقال تعالى: ﴿ومنهم من عاهد الله لئن آتانا من فضله لنصدقن ولنكونن من الصالحين. فلما آتاهم من فضله بخلوا به وتولوا وهم معرضون. فأعقبهم نفاقا في قلوبهم إلى يوم يلقونه بما اخلفوا الله ما وعدوه وبما كانوا يكذبون﴾[2]. فهذا وعيد على إخلاف عهد الله بالصدقة، والنذر عهد.

وأما السنة فهناك أحاديث، أصحها قوله عليه الصلاة والسلام (من نذر أن يطيع الله فليطعه. ومن نذر أن يعصي الله فلا يعصه) [3].

فكان القياس ومقتضى التعليل المذكور التسوية بين النذر وكفارة الإطعام، لتساويهما في سبب الوجوب ودليله، أو تقديم النذر. لأنه آكد، لوجوبه بالكتاب والسنة، والإجماع. واختلاف الفقهاء في كفارة التفريط، واختلافهم في ورود السنة بها، فقد قال الحافظ ابن حجر لم يثبت فيها شيء مرفوع.

فلعل الأحسن في توجيه أولوية كفارة التفريط على النذر أن النذر لا يقضى به. ولا يجبر على إخراجه في الحياة، وإن كان يجب الوفاء به فيما بينه وبين ربه. بخلاف الكفارة فإنه يجبر على إخراجها على أحد قولين كالزكاة، وما يجبر على إخراجه أقوى مما لا يجبر على إخراجه.

ثم يلي النذر الوصية بالمال: الوصية بالجزء الشائع، أو الوصية بمعين، أو الوصية بعدد من النقود.

واختلف في الوصية بالعدد والوصية بالجزء على أقوال ثلاثة كما سبق. كما اختلف في اجتماع الوصية بالمال والوصية بالحج الواجب، فقيل تقدم الوصية بالمال، لأن الوصية بالحج مكروهة عند المالكية. والوصية بالمال مستحبة، والمستحب أولى من

1_ من الآية 29 الحج.

2_ من الآية 75 التوبة.

3_ متفق عليه

المكروه[1]. وقيل يتحاصان إذا كان الحج فريضة. واتفقوا على أن الوصية بالمال كيفما كان مقدمة على حج التطوع. كما تقدم الوصية بمنفعة معين على الوصية برقبته.

[1]- انظر المواق 382/6 ـ الدسوقي 19/2.

المبحث الرابع:
في المحاصة

يتناول هذا المبحث حقيقة المحاصة ومشروعيتها، ومتى تجب، وما هي الوصايا التي يحاصص بها، وبماذا تقع، وكيفيتها، وأخيرا ما يعطاه الموصى لهم مقابل حصصهم.

المطلب الأول:
في حقيقتها ومشروعيتها وشروطها

بالنسبة لحقيقتها هي اقتسام الموصى لهم ما وجب لهم من مال الموصي بقدر وصاياهم عند ضيق الثلث عنها، إذا لم يجزها الورثة، أو عند ضيق التركة عنها في حال إجازتها.

وهي مشروعة عند ضيق الثلث أو التركة عن الوفاء بجميع الوصايا، باتفاق الأئمة الأربعة وغيرهم، وقال أهل الظاهر: لا محاصة في الوصايا، ويجب البدء بالأول فالأول، حتى يتم الثلث. فإذا تم بطل باقي الوصايا. إلا في حالة الإجمال فتجري المحاصة[1].

وحجة الجمهور على دخولها في الوصايا القياس على الديون والمواريث.

وبالنسبة لشروطها فإن هناك شروطا أربعة.

1ـ تجاوز الوصايا الثلث، وضيقه عن استيعابها وحملها، فإن حملها الثلث فلكل واحد وصيته. ولا حاجة للمحاصة حينئذ، مثل الوصية بسدس وسبع والوصية بخمس وعشر.

2ـ أن لا يجيزها الورثة، فإن أجازها الورثة فلا محاصة أيضا، إذا لم تتجاوز المال. مثل الوصية لواحد بالنصف، ولآخر بالربع ولثالث بالثمن. فإن المال يقسم على

1ـ انظر المحلى 333/9.

ثمانية لصاحب النصف أربعة، ولصاحب الربع اثنان، ولصاحب الثمن واحد، يبقى واحد للورثة.

مثل ذلك إذا أوصى بنصف لشخص ولآخر بثلث ولثالث بسدس فإن المال يقسم على ستة لصاحب النصف ثلاثة ولصاحب الثلث اثنان ولصاحب السدس واحد. ولا محاصة لحمل المال لجميع الوصايا.

واختلف الفقهاء إذا جاوزت الوصايا المال وزادت عليه رغم إجازة الورثة لجميعها. فقال الجمهور بالمحاصة، وقسمة المال بين الموصى لهم، ودخول العول كالفرائض[1].

كمن أوصى لواحد بنصف ماله، ولآخر بربعه، ولثالث بثلثيه. فإن المسألة من اثني عشر. لوجود الربع والثلث، وتعول لسبعة عشر،، للموصى له بالنصف ستة، وللموصى له بالربع ثلاثة، وللموصى له بالثلثين ثمانية، وإذا أوصى لشخص بجميع ماله، ولآخر بربعه، ولآخر بخمسه، وأجاز الورثة ذلك فإن المسألة من عشرين، وتعول إلى تسعة وعشرين.

وقال أبو حنيفة: يأخذ أكثرهم وصية ما يفضل به على من دونه، ثم يقتسمون الباقي في حالة الإجازة، وفي حالة الرد يبطل ما زاد على الثلث ولا يحاصص به. فإذا كانت الوصية لشخص بجميع المال ولآخر بالثلثين، ولثالث بالثلث. وأجاز الورثة ذلك فإن الموصى له بالجميع يأخذ الثلث أولا لانفراده به وعدم مشاركة أحد له فيه، ثم يقتسم هو والموصى له بالثلثين الثلث الثاني. لاشتراكهما فيه. يأخذ كل واحد نصفه, سدس المال, والثلث الثالث يقتسمه الموصى له بالجميع، والموصى له بالثلثين، والموصى له بالثلث لكل واحد ثلثه، تسع المال. فيجتمع للموصى له بالجميع خمسة اتساع المال. وللموصى له بالثلثين ثلاثة اتساع. والتسع الباقي للموصى له بالثلث.

وإذا رد الورثة الزيادة على الثلث تحاصوا في الثلث لكل واحد منهم ثلث الثلث، لتساويهم في الوصية به، وبطلان ما زاد عليه[2].

1ـ انظر المغني 49/6 ـ المدونة 306.

2ـ نفس المرجع وانظر البداية 338/2 المنتقى 160/6 ـ الفتاوي الهندية 98/6.

الشرط الثالث أن تكون الوصايا في مرتبة واحدة، ليس بعضها آكد من بعض. وإلا قدم الآكد فالآكد. تقدم أو تأخر[1].

الشرط الرابع أن لا يشترط الموصي تقديم بعض الوصايا على بعض، فإن شرط ذلك عمل بشرطه وامتنعت مخالفته، لعموم قوله تعالى: فمن بدله بعدما سمعه فإنما إثمه على الذين يبدلونه. ولعموم حديث المسلمون عند شروطهم[2].

المطلب الثاني:

في الوصايا المحاصص بها والتي لا يحاصص بها

بالنسبة لهذا الموضوع هناك وصايا يحاصص بها اتفاقا. ووصايا لا يحاصص بها اتفاقا. ووصايا يختلف فيها. فالوصايا المحاصص بها اتفاقا من القائلين بالمحاصصة. هي الوصايا الصحيحة اللازمة سواء كان مستحقها موجودا، أو منتظر الوجود، مثل الوصية بربع ماله لحمل ابنته، أو لمن سيولد لها. وبثلثه للفقراء فإن المحاصة تجري بين الوصيتين للزومهما. وما ناب الفقراء يفرق عليهم. وما ناب الحمل أو المولود المنتظر يوقف له حتى يوجد بشروطه.

كما يحاصص بالوصية الثابتة بشاهد واحد للصغير. ويوقف ما ينوبه في المحاصة إلى بلوغ الصغير فيحلف ويستحق، وإن نكل بطلت. وإن مات قبل البلوغ حلف ورثته. واستحقوا الوصية[3].

والوصايا المختلف في المحاصة بها الوصايا الباطلة والمردودة والموقوفة.

1ـ فالأولى كالوصية التي يموت فيها الموصى له قبل موت الموصي، قد اضطرب فيها قول مالك، قال مرة يحاصص بها مطلقا. ومرة قال: لا يحاصص بها مطلقا. ومرة قال: لا يحاصص بها إن علم الموصي بموت الموصى له قبله، وان لم يعلم حوصص بها.

1ـ انظر المدونة 301/4.

2ـ سبق تخريجه.

3ـ المعيار 360/9 ـ 415.

مثال ذلك من أوصى بعشرة لشخص وعشرة لآخر، والثلث كله عشرة، ومات أحد الموصى لهما قبل موت الموصي. فإن العشرة تكون كلها للحي على القول بعدم المحاصة. وعلى القول بالمحاصة تقسم بينهما، والخمسة التي تنوب الميت ترجع للورثة. وعلى القول الثالث إن علم بموته فالمحاصة. وان لم يعلم به فلا محاصة.

2ـ الوصية المردودة في حياة الموصي، فإن فيها نفس الخلاف في الوصية التي يموت الموصى له قبل موت الموصي: المحاصة مطلقا وعدمها مطلقا. والتفصيل بين علم الموصي برده قبل موته، وعدم علمه بذلك. والخلاف في هذه الصورة مخرج على الخلاف في التي قبلها.

بخلاف ردها بعد وفاة الموصي فإنه يحاصص بها. ويرجع منابها ميراثا بين الورثة.

3ـ الوصية لوارث واجنبي، فإن الوارث يحاصص الأجنبي بوصيته. فما ناب الأجنبي أخذه، وما ينوب الوارث يرجع ميراثا[1]. إذا لم يجزه الورثة، وقيل يبطل نصيب الوارث إذا لم يجزه الورثة ولا يحاصص به الأجنبي، وإن كانت الوصية لهما بالثلث فإن الثلث كله للأجنبي لبطلان وصية الوارث. إلا أن الأصح هو القول الأول بمحاصة الوارث للأجنبي، إلا إن كان لا وارث له سوى الوارث الذي أوصى له مع الأجنبي، فإنه لا يحاصص الأجنبي حينئذ، كمن له ولد واحد أوصى له ولزوجة هذا الولد بداره، أو ثلثه، فإن الوصية للولد باطلة. وتختص زوجته بما أوصى لها به من الثلث أو الدار[2].

وأما الوصايا التي لا يحاصص بها أربابها اتفاقا فهي الوصايا بمعين إذا هلك. كمن أوصى لشخص بثلث ماله، وأوصى لآخر بسيارته هذه، أو سفينته الفلانية أو دابته المعينة. فاحترقت السيارة أو غرقت السفينة أو ماتت الدابة بعد موت الموصي، فإن الموصى له بالثلث يأخذ ثلثه كاملا ولا يحاصصه الموصى له بمعين، لبطلان وصيته. ولأنه لا يقوم ميت. ولا يقوم على ميت كما قال مالك[3].

واختلف إذا أوصى بأشياء معينة لشخص، وبباقي الثلث لشخص آخر، ثم نفذ الأشياء المعينة للموصى له بها في حياته. فأفتى بعضهم بإعطاء الموصى له ببقية الثلث

1ـ المدونة 307/4 ـ 338.

2ـ انظر الرهوني 256/8.

3ـ المدونة 306/4.

جميع الثلث، لأنه لم يبق له مزاحم. وأفتى آخرون بتقويم المعينات المنجزة. وإسقاط قيمتها من الثلث يرجع ميراثا. والباقي يعطى للموصى له ببقية الثلث[1].

المطلب الثالث:
في كيفية المحاصة

الهدف من المحاصة هو تحقيق العدل بين الموصى لهم بإدخال النقص على حقوقهم بنسب متساوية، وللوصول إلى ذلك هناك طرق منها.

1ـ أن تجمع الوصايا كلها، وينسب ثلث التركة إليها مجتمعة، ثم يعطى لكل واحد من وصيته بحسب تلك النسبة.

مثل من أوصى لشخص بألف، ولآخر بشيء يساوي ألفين، ولثالث بسيارة تساوي ألفا وخمسمائة وبملابس للفقراء تساوي خمسمائة، والتركة كلها ثلاثة آلاف. فمجموع الوصايا خمسة آلاف. وثلث التركة الف. فإذا نسب إلى خمسة آلاف كان خمسها فيعطى كل واحد خمس وصيته.

للأول 200 وللثاني 400 وللثالث 300 وللرابع 100 المجموع ألف هو مبلغ الثلث.

2ـ أن تجمع الوصايا كلها ثم تنسب كل وصية إلى مجموع الوصايا وبتلك النسبة يأخذ كل واحد حصته من الثلث، ففي المثال المذكور تنسب الوصايا. فإذا نسبت الأولى إلى مجموع الوصايا تجدها خمسا، فيعطى خمس الثلث وهو 200 وإذا نسبت الثانية إلى المجموع تجدها خمسين، فيعطى صاحبها خمسي الثلث وهو 400 وإذا نسبت الثالثة إلى المجموع ساوت ثلاثة أعشار الثلث. فيعطى الموصى له بها 300 والرابع تساوي العشر. فيعطى صاحبها العشر 100 هكذا.

وفي حالة ما إذا كانت الوصايا بأعيان معينة فإن المحاصة تقع بقيمتها بعد تقويمها وتقويم التركة لتعرف نسبتها إليها. فإذا أوصى لشخص بدار قيمتها ألف،

1ـ المعيار 517/9.

ولآخر بضيعة قيمتها ألفان، وللثالث بسفينة قيمتها ثلاثة آلاف، والتركة قيمتها ستة آلاف. فإن الموصى له بالدار موصى له بالسدس. والموصى له بالصيغة ثلث الثلث والموصى له بالثلث. وصاحب السفينة موصى له بالنصف.

وبهذه النسب تقع المحاصة بينهم، فيقسم الثلث على ستة مجموع الحصص. فيأخذ الموصى له بالدار سدس الثلث، والموصى له بالضيغة ثلث الثلث والموصى له بالسفينة نصف الثلث.

كما أنه إذا كانت الوصية بمبالغ نقدية فإنه لابد من تقويم التركة لتعرف نسبة كل وصية إليها، ثم تقع المحاصة بتلك النسب. فإذا كانت الوصية لشخص بألف ولآخر بثلاثة آلاف ولثالث بخمسمائة، وقومت التركة بأربعة آلاف، فإن صاحب الألف موصى له بالربع، وصاحب الثلاثة آلاف موصى له بثلاثة أرباع، وصاحب الخمسمائة موصى له بالثمن.

وبهذه النسب يقتسمون الثلث بينهم على تسعة، مجموع الحصص، الربع والربعين والثمن. للموصى له بألف تسعا الثلث، وللموصى له بثلاثة آلاف ستة اتساع الثلث، وللموصى له بخمسمائة تسع الثلث.

وهكذا إذا كانت الوصايا متنوعة بعضها أعيان، وبعضها أعداد، وبعضها اجزاء شائعة. فإنه تقوم المعينات، وتقوم التركة ثم تقع المحاصة بعد ذلك.

ويجب التنبيه إلى أنه بعد المحاصة يعطى الموصى لهم بالمعينات ما ينوبهم قي المحاصة في العين الموصى لهم بها[1]. فإذا كانت الوصية بدار وثلث فإن صاحب الدار يأخذ حصته في الدار وصاحب الثلث يأخذ حصته شائعة في التركة. وبه أخذ القانون المغربي في الفصل 199 من مدونة الأحوال الشخصية.

[1] ـ انظر المدونة 307/4.

الفصل الخامس:
في إثبـــات الوصـــية

نتناول في هذا الفصل وسائل إثبات الوصية بعد وفاة الموصي، ونقسمه إلى ثلاثة مباحث. الأول في الشهادة، والثاني في الإقرار، والثالث في الكتابة والخط.

المبحث الأول:
في الشهادة بالوصية

ونقسمه أيضا إلى خمسة مطالب:

الأول: في شهادة العدلين، أو ما يقوم مقامها.

الثاني: في شهادة العدل الواحد.

الثالث: في شهادة النساء.

الرابع: في شهادة أهل الكتاب.

الخامس: في شهادة الشهود بالوصية لهم ولغيرهم وشهادة بعضهم لبعض.

المطلب الأول:
شهادة العدلين أو ما يقوم مقامهما

العدالة في الفقه هي اجتناب الكبائر والصغائر، في الغالب وما يخل بالمروءة، والعدل في باب الشهادة هو الحر، المسلم، العاقل، البالغ، غير فاسق، ولا محجور، ولا مبتدع، لم يباشر كبيرة أو صغيرة خسة، أو كثير كذب(1).

1ـ انظر مختصر خليل بشرح الزرقاني 147/7.

وقد اتفق الفقهاء على أنه إذا شهد بالوصية عدلان بهذه الصفة فإن شهادتهما تثبت بها الوصية، ولا يمين على الموصى له، كما تثبت بشهادة عدل واحد وامرأتين عدلتين[1].

والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿**يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم...**﴾ [2].

وقوله: ﴿**واستشهدوا شهيدين من رجالكم، فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء، أن تضل إحداها فتذكر إحداهما الأخرى**﴾[3].

فالآية الأولى نص في قبول شهادة العدلين في الوصية، والثانية نص في قول شهادة العدلين، والعدل والمرأتين.

وهي عامة في الأموال، فتشمل الوصية وغيرهما من الحقوق المالية، فذلك كله يثبت بشهادة العدلين، أو العدل وامرأتين. كانت الوصية مكتوبة أم لا، أديت الشهادة عقب تحملها، أو تأخر ذلك إلى وقت الحاجة إليها، لعموم أدلة القضاء بالشهادة، وبه أفتى الرهوني في وصية تأخر أداؤها بعد سماعها[4].

إلا أن القانون المغربي في فصله 194 اشترط في قبول شهادة العدول كتابتها، وتسجيلها داخل ثلاثة أيام من تاريخ تحملها.

1ـ انظر تحفة ابن عاصم شرح البهجة 112/1 المغني: 151/9 حاشية الوزاني 3/ كراسة 45 ص 2.
2ـ سورة المائدة من الآية 106
3ـ سورة البقرة من الآية 282.
4ـ النوازل الصغرى: 304/4.

المطلب الثاني:

في شهادة العدل الواحد بالوصية

اختلف الفقهاء في ثبوت الوصية بشهادة العدل الواحد على قولين[1].

الأول ثبوتها مع يمين الموصى له. وهو مذهب الأئمة الثلاثة: مالك والشافعي وأحمد وغيرهم.

والثاني وهو مذهب الحنفية والأوزاعي، وبعض المالكية عدم ثبوتها.

وسبب هذا الخلاف، الخلاف الفقهي المشهور في القضاء بالشاهد واليمين في الأموال. وما يؤول إليها. فالجمهور على وجوب القضاء بالشاهد واليمين في المال او ما يؤول إليه، والوصية عقد مالي. فيقضي فيه بالشاهد واليمين. وحجتهم حديث أنه صلى الله عليه وسلم(قضى بالشاهد واليمي)ن[2]. وهو حديث صحيح بلغ حد التواتر في طبقته الأولى، رواه اكثر من عشرين صحابيا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم.

والحنفية لا يحكمون بالشاهد واليمين وحجتهم.

1ـ قوله تعالى: في الشهادة على الوصية، **﴿يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم﴾**[3].

فإنه يدل بمفهومه على عدم قبول شهادة العدل الواحد، إلا أن الاستدلال بهذه الآية لا يتم للحنفية، لأنها تدل على ذلك بطريق المفهوم. وهم لا يقولون بمفاهيم المخالفة ولا يصح الاستدلال لهم بما لا يقولون به.

2ـ قوله تعالى **﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم، فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء﴾**[4]. فالآية حصر لأنواع الحجة في الشاهدين.

---

[1]ـ انظر المغني: 150/6 ـ 151. الام: 276/4.

[2]ـ رواه مسلم واحمد وأبو داود وابن ماجة والدارقطني ومالك في الموطأ. انظر: نيل الاوطار: 282/8.سنن أبي داود 308/3 ، المنهاج وحواشيه 296/8

[3]ـ سورة المائدة من الآية 106.

[4]ـ سورة البقرة من الآية 282.

والشاهد والمرأتين، فلا يقبل غيرهما، وأصابوا عن الحديث بأنه زيادة على النص وهو نسخ والقرآن لا ينسخ بخبر الواحد، لأنه قطعي وخبر الآحاد ظني والظني لا ينسخ القطعي[1].

وهما دليلان لا حجة فيهما. أما الآية الأولى فإنها إنما تدل على عدم قبول شهادة الواحد بطريق المفهوم، وهم لا يقولون به كما سبق، وعلى تسليم حجيته فهو معارض بحديث القضاء بالشاهد واليمين وهو نص ومنطوق، وهو مقدم على المفهوم.

وأما الآية الثانية فهي واردة في التحمل، فلا دلالة فيها على عدم قبول الواحد في الأداء[2]. وعلى تسليم عمومها لحالتي الأداء والتحمل، فإنها لا تدل على عدم قبول شهادة الواحد إلا بطريق المفهوم، والمنطوق مقدم عليه.

وأما الجواب بأن الحديث زيادة على النص وهي نسخ. والقرآن لا ينسخ بخبر الآحاد، فإنه غير صحيح، ومردود من وجوه.

1ـ أن الزيادة على النص ليست نسخا له، لأن النسخ رفع الحكم الشرعي بحكم شرعي، أو بيان لانتهاء مدة العمل بالحكم الأول. على الخلاف بين الأصوليين[3]، والزيادة على النص لا تتضمن رفعه، ولا انتهاء العمل به.

2ـ على تسليم كونها نسخا فإنه لا مانع من نسخ القرآن بخبر الآحاد على الصحيح عند الأصوليين[4]، لأن الكل من عند الله، ولأن المنسوخ هو الحكم دون اللفظ، وهو ظني، والظني يجوز نسخة بالظني لتساويهما في القوة.

3ـ وعلى تسليم منع نسخ القرآن بخبر الآحاد، فإن حديث القضاء بالشاهد واليمين حديث متواتر أو مستفيض، ويجوز نسخ القرآن بالسنة المتواترة، أو المستفيضة عند الحنفية فيلزمهم القول بمقتضى هذا الحديث.

1ـ راجع أحكام القرآن للجصاص: 514/1، وما بعدها.

2ـ المغني: 152/9.

3ـ انظر المحلى: 92/2، المغني: 152/9.

4ـ نفس المرجع: 79/2.

واختلف القائلون بثبوت الوصية بالشاهد واليمين في مسائل من هذا الباب، وهي إذا كان الموصى له صغيرا، أو سفيها، أو غير محصور كالفقراء والمساكين أو كان الموصى لهم عددا ممن يحصون كأبناء فلان.

نخصص لكل مسألة فرعا:

الفرع الأول في شهادة العدل بوصية لصغير:

وقد اختلف فيها على أقوال[1].

الأول: أن الورثة يحلفون لرد شهادة الشاهد، ويوقف الموصى به تحت أيديهم يستغلونه حتى يبلغ الصغير، فإذا بلغ حلف، وأخذ وصيته، وإن نكل رجعت الوصية ميراثا بين الورثة. ولا يحلفون ثانية لقاعدة. أنه لا يحلف أحد على شيء واحد مرتين، وإن مات الصغير قبل بلوغه حلف وارثه واستحق وصيته، أخذا بقاعدة من مات عن حق انتقل لوارثه، وحديث (من ترك مالا فلوارثه). وإذا نكل ورثة الموصي عن الحلف لرد شهادة الشاهد بالوصية قضي للصغير بوصيته حينا، ولا ينتظر بلوغه ولا يمين عليه إذا بلغ.

والقول الثاني: تحليف الورثة وإيقاف الموصى به على يد أمين حتى ببلغ.

والغلة لمن قضي له به، وضمانه منه إذا هلك، لحديث (الخراج بالضمان)، وقاعدة الغنم بالغرم والعكس، فإذا بلغ الصغير وحلف أخذ الموصى به وغلته، وإن هلك الموصى به فضمانه منه، وإن نكل الصغير قضي به للورثة. وإن هلك فضمانه منهم.

القول الثالث: تحليف ولي الصغير وتسليم الوصية له، وقال ابن كنانة يحلف أبوه إذا كانت نفقة الابن واجبة على الأب، لأنه يستفيد بيمينه سقوط النفقة عنه.

والقول الرابع: تحليف الصغير حينا، ويأخذ وصيته، لعموم حديث قضى بالشاهد واليمين وأرجح هذه الأقوال القول بوقف الموصى به تحت يد أمين.

---

[1] ـ راجع المعيار: 360/9 ـ 514، التبصرة: 222/1. الزرقاني: 197/7، البهجة: 164/1 ـ 165، المدونة: 86/4. المنتقى 209/5.

والقول الثالث: القائل بتحليف الولي ضعيف، ترده القاعدة الفقهية: أنه لا يحلف أحد ليستحق غيره، كما ترده القاعدة المذهبية: أن النيابة لا تدخل في الحقوق البدنية، واليمين من العبادات البدنية، فلا ينوب فيها أحد عن أحد.

أما القول الرابع: القائل بتحليف الصغير فهو شاذ، يرده حديث رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يحتلم، وقاعدة أن مناط الإيمان التكليف، فمن ليس مكلفا لا يمين له، وبذلك يخصص عموم قضى بالشاهد واليمين.

ومثل الصغير المجنون إذا قام له شاهد بالوصية. فإنه ينتظر إذا كانت ترجى إفاقته، وإن كانت لا ترجى إفاقته فإنه يحلف الورثة لرد شهادة الشاهد. ويوقف الموصى به تحت أيديهم، أو تحت يد أمين، على الخلاف السابق، حتى يفيق المجنون، فيحلف، أو يموت فيحلف ورثته.

ويجب على القاضي تسجيل شهادة الشاهد في سجل المحكمة عنده، صيانة لمال الصبي والمجنون، وخوفا من موت الشاهد، أو زوال عدالته[1].

الفرع الثاني في شهادة العدل الواحد للسفيه بالوصية:

السفيه له شبه بالرشيد من حيث التكليف، وله شبه بالصغير من حيث الحجر عليه، ومنعه من التصرف في ماله، ولذلك اختلف الفقهاء في حكمه إذا قام له شاهد بالوصية، أو غيرها من الحقوق المالية[2]، فقال ابن القاسم ومن معه: هو في ذلك كالرشيد، يحلف مع شاهده، ويقضي له بحقه، وإذا نكل حلف خصمه وبطل حقه.

وقال ابن كنانة ومن معه: يحلف مع شاهده ويستحق حقه، وإن نكل لم يبطل حقه، ويحلف المدعى عليه، ويبقى السفيه على حقه حتى يرشد. فإذا رشد حلف وأخذ حقه. وإن نكل بطل حقه، ولا تعاد اليمين على المدعى عليه، للقاعدة السابقة، وإن مات قبل رشده حل ورثته محله، فيحلفون ويستحقون.

---

1 ـ انظر: البهجة: 164/1 ـ 165. المدونة: 86/4.

2 ـ انظر: التبصرة: 222/1، البهجة: 162/1 ـ 163، الدردير: 201/4، المنتقى 209/5.

وروى عن مالك أن السفيه كالصغير، لا يحلف مع شاهده وينتظر حتى يرشد، كما ينتظر الصغير حتى يبلغ. والأصح قول ابن كنانة القائل بتحليفه الآن، وعدم سقوط حقه بنكوله. أما تحليفه الآن في حال سفهه فلأنه مكلف. ومناط اليمين التكليف.

وأما عدم بطلان حقه بنكوله فلأنه محجور عليه في ماله، فلو أبطلنا حقه بنكوله لأدى ذلك إلى نفوذ تصرفه، والفرض أنه محجور، ولذلك يحلف لتكليفه، ولا يبطل حقه بالنكول لسفهه.

والقول بجعله كالرشيد في اليمين والنكول ضعيف، كما أن القول بجعله كالصغير في تأخير اليمين ضعيف أيضا.

الفرع الثالث في شهادة العدل بالوصية لغير معين ولا محصور كالفقراء والمساكين واليتامى:

وقد اختلف فيها على قولين[1]:

القول الأول يحلف المدعى عليهم ويبرؤون: وتبطل الوصية، فإن نكل حكم عليه.

والقول الثاني مثل الأول يحلف المنكر ويبرأ. إلا أنه إذا نكل يحبس، فإن طال حبسه دين ولا يلزمه ما أنكره.

واتفق القولان على أنه لا يقضى للمشهود لهم مع يمينهم، لعدم تعين المستحق.

الفرع الرابع في الشهادة بالوصية لمن يحصون كأبناء عمه، وفقراء قرابته:

وقد اختلف فيها على أقوال أيضا[2].

الأول أنه يحلف الجميع ويستحقون، ومن نكل سقط حقه، قياسا على الورثة يقوم لهم شاهد بحق لأبيهم مثلا.

والقول الثاني أنه يكتفى بيمين واحد منهم، ويقضى للجميع بحقهم، وهو قول فضل.

---

[1]ـ انظر التبصرة: 227/1، الدسوقي: 203/4، مواهب الخلاق: 173/1.

[2]ـ نفس المرجع: 227/1 ـ 216.

والقول الثالث وهو مروي عن مالك أنه يحلف الجل ـ وهو ما زاد على النصف ـ ويقضى لهم جميعا.

والقول الرابع أنه لا يمين فيها مع الشاهد.

فإن كانت الشهادة لمعين وغيره كفلان وعقبه فإنه يحلف المعين ويثبت الحق له بيمينه ولمن معه بلا يمين.

المطلب الثالث:

في شهادة النساء بالوصية

اتفق الفقهاء على رد شهادة المرأة الواحدة بالوصية ولو كانت وصية[1] استنادا لقوله تعالى: ﴿**فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان**﴾[2] فاعتبر التعدد في قبول شهادة النساء مع الرجل في الأموال، فيدل ذلك على اشتراطه في شهادتين وحدهن من باب أولى وأحرى، والوصية مال من الأموال، فلا تقبل فيها شهادة المرأة الواحدة.

واختلف في شهادة المرأتين فاكثر على قولين[3]

الأول: مذهب الشافعية والحنابلة والحنفية أنها مردودة، ولا يثبت بها وصية بناء على أصلهم في رد شهادة النساء وحدهن في الأموال، مهما بلغ عددهن، لقوله تعالى: ﴿**فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان**﴾ فاشترط شهادة الرجل مع النساء، وهو يدل بمفهومه على عدم قبول شهادتهن وحدهن في الأموال، والوصية مال فلا تقبل فيها شهادتهن.

والقول الثاني: وهو المشهور في مذهب المالكية قبول شهادة المرأتين فأكثر في الأموال والوصية ويحلف معهما المشهود له، ويستحق قياسا على شهادة العدل الواحد، فإن الله عز وجل جعل شهادة المرأتين بمنزلة شهادة الرجل الواحد في ثبوت الحق بها في

1- انظر المغني: 150/9 المعيار 399/10، المدونة: 86/4

2- سورة البقرة، من الآية: 282.

3- انظر المدونة:86/4، المغني: 153/9 نهاية المحتاج: 294/3.

الأموال مع اليمين، والمرأتان مثله، لتساويهما في العدالة. وقبول الشهادة عند اجتماعهما مع الرجل، فتقبل عند انفرادهما، كما تقبل شهادة الرجل عند انفراده عنهما.

واختلف المالكية إذا شهد النساء بوصية فيها المال وغيره، مما لا تقبل فيه شهادة النساء، كالإيصاء والنكاح، فقال أكثر المالكية تصح شهادتهن بالوصية في المال وتبطل بغيره، وقال مالك في المدونة تبطل الشهادة كلها، ولا يصح منها شيء، لا ما يتعلق بالمال، ولا ما يتعلق بغيره، ولا يصح بعض الشهادة دون بعض[1].

ومنشأ الخلاف اختلاف المالكية في الشهادة إذا أجازت السنة بعضها دون بعض، فالمشهور أنه يصح ما أجازته السنة. ويرد ما ردته السنة، لأنها بمنزلة شهادتين، لا يلزم من بطلان إحداهما بطلان الأخرى.

وقيل ترد الشهادة كلها، ولا يقبل منها شيء.

فمن راعى القول الأول قال بقبول الشهادة بالوصية المالية، ورد الشهادة بالوصية بغيرها، ومن راعى القول الثاني قال برد الشهادة من أصلها. ولا تثبت وصية المال. ولا الوصية بغيره[2]

المطلب الرابع:

في شهادة غير المسلمين

أجمع الفقهاء على رد شهادة غير المسلمين بالوصية لمسلم في الحضر، واختلفوا في قبولها في السفر على قولين[3]

الأول: أنها شهادة مردودة لا يقضي بها ولا تثبت بها وصية، وجد غيرهم، أم لا، وهو مذهب المالكية، والشافعية، والحنفية، وجمهور أهل العلم.

1- المدونة: 85/4، التبصرة: 217/1.

2- انظر التبصرة: 217/1، الرهوني: 395/7.

3- انظر المغني: 182/9 ، أحكام القرأن للجصاص:489/2، الجامع لأحكام القرأن: 225/6.

والثاني: قبولها من أهل الذمة في السفر خاصة. إذا لم يوجد غيرهم، وهو مذهب الحنابلة وقول ابن عباس، وابن مسعود، وأبي موسى من الصحابة، وجماعة من التابعين.

ويستحلف الشاهدان بعد العصر أنهما ما خانا، ولا بدلا ولا كتما، ولا اشتريا (به ثمنا قليلا ولو كان ذا قربى، ولا نكتم شهادة الله إنا إذا لمن الآثمين.

احتج الجمهور بالكتاب والقياس أما الكتاب فهو:

قوله تعالى: ﴿**واستشهدوا شهيدين من رجالكم، فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء**﴾[1].

والحجة فيها من وجهين:

الأول: قوله: (من رجالكم) والخطاب فيه للمسلمين قطعا، لقوله تعالى أول الآية (يا أيها الذين آمنوا...) فدل بمفهومه أن غير المسلمين لا يستشهدون، ولا تقبل شهادتهم إذا شهدوا.

والثاني: قوله ترضون من الشهداء، فإنه يدل بمفهومه أيضا على عدم قبول شهادة الكفار لأنهم ممن لا يرضون في الشهادة.

والآية عامة في الشهادة بالوصية وغيرها.

قوله تعالى: ﴿**واشهدوا ذوي عدل منكم**﴾[2]، وهو مثل الآية الأولى، يدل على عدم قبول الكفار في الشهادة بمفهوم ذوي عدل، لان الكفار ليسوا عدولا.. وبمفهوم الخطاب في قوله منكم، لان الكفار ليسوا من المسلمين.

قوله تعالى: ﴿**إن جاءكم فاسق بنبإ فتبينوا**﴾[3] وهو عام في كل نبإ من وصية وغيرها، لأنه نكرة في سياق الشرط فتعم كما انه عام في كل فاسق، لأنه نكرة في سياق الشرط، فيعم الكافر وغيره.

1- سورة البقرة، من الآية: 282.

2- سورة الطلاق، من الآية: 2.

3- سورة الحجرات، الآية: 6.

وأما القياس فهو قياس شهادة الكافر على شهادة الفاسق، وهو قياس أحروي، فإنه إذا لم تقبل شهادة الفاسق لفسقه لم تقبل شهادة الكافر بالأحرى لأن الكفر قمة الفسق ورأسه.

وحجة الحنابلة ومن معهم الكتاب والسنة والأثر: أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿**يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذ حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم، أو آخران من غيركم إن انتم ضربتم في الأرض فأصابتكم مصيبة الموت**﴾[1] فإن قوله تعالى: (من غيركم) نص أو ظاهر قوي في غير المسلمين، فتدل الآية على قبول شهادة غير المسلمين في السفر، والآية وإن كانت تقتضي قبول شهادتهم مع وجود المسلمين في السفر كما تفيد كلمة أو المفيدة للتخيير ﴿**ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم**﴾ إلا أن الإجماع منعقد على عدم قبول شهادة الكفار مع وجود المسلمين، فلذلك حملها غير واحد من المسلين على حالة عدم وجود المسلمين[2] فتكون أو للتقسيم لا للتخيير.

وأما السنة فما رواه ابن عباس، قال: (خرج رجل من بني سهم مع تميم الداري وعدي بن زيد، فمات السهمي بأرض ليس بها مسلم، فلما قدما بتركته فقدوا جام فضة مخوصا بالذهب، فأحلفهما رسول الله عليه وسلم، ثم وجدوا الجام بمكة فقالوا اشتريناها من تميم وعدي، فقام رجلان من أولياء السهمي فحلفا بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما وان الجام لصاحبهم فنزلت فيهم: ﴿**يا أيها الذين آمنوا شهادتكم بينكم**﴾ الآية[3].

وأما الأثر فما رواه الشعبي أن رجلا من المسلمين حضرته الوفاة في قوقا، ولم يجد أحدا من المسلمين يشهده على وصيته، فأشهد رجلين من أهل الكتاب، فقدما الكوفة، فأتيا الأشعري فاخبراه، وقدما بتركته ووصيته، فقال الاشعري: هذا أمر لم يكن بعد الذي كان في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، فأحلفهما بعد العصر ما خانا

1- سورة المائدة الأية: 106.
2- أنظر أحكام القرآن للجصاص: 490/2.
3- رواه أبو داود 307/3.

ولا كذبا، ولا بدلا، ولا كتما، ولا غيرا وإنها لوصية الرجل وتركته فأمضى شهادتهما.[1]

وأجاب الجمهور عن الآية بعدة أجوبة

الأول أن المقصود بالشهادة في الآية اليمين، وهو جواب غير صحيح، يرده.

1- أن الشهادة حقيقة في الشهادة بالحق عند الحاكم، كما في قوله تعالى: ﴿**وأقيموا الشهادة لله**﴾[2] وقوله، ﴿**ولا تكتموا الشهادة**﴾[3] وقوله: ﴿**واستشهدوا شهيدين من رجالكم**﴾ [4]

واللفظ محمول على حقيقته عند الإطلاق، ويؤيد إرادة الحقيقة هنا عدة أمور في نص الآية[5]

قوله تعالى: ﴿**إذا حضر أحدكم الموت**﴾، فإنه يبعد أن يكون المراد أيمان بينكم إذا حضر أحدكم الموت، لأن وقت حضور الموت، ليس وقت أيمان.

قوله: ﴿**ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم**﴾ فإنه لو كان المراد بالشهادة اليمين، لم يقل أو آخران من غيركم، لان حكم اليمين لا يختلف، وجد العدلان من المسلمين، أو عدما.

قوله: ﴿**ولا نكتم شهادة الله**﴾ فإن الذي يمكن كتمانه هي الشهادة العرفية، وهي التي نهى الله عن كتمانها في قوله، ﴿**ولا تكتموا الشهادة**﴾، أما اليمين فهي أمر ظاهر موجود، لا يقال فيها لا نكتم اليمين.

قوله تعالى: ﴿**ذلك أدنى أن ياتوا بالشهادة على وجهها**﴾ فإن الشهادة الحقيقية هي التي يوتي بها على وجهه تارة، ومحرفة أو مزورة تارة أخرى، بخلاف اليمين لا يقال فيها أو يأتوا باليمين على وجهها.

1- رواه أبو داود نفس الصفحة.

2- سورة الطلاق الآية: 2.

3- سورة البقرة الآية: 283.

4- سورة البقرة الآية: 282.

5- انظر احكام القرآن للجصاص: 2/489-490

قوله تعالى: ﴿أو يخافوا أن ترد أيمان بعد أيمانهم﴾ فإن يدل على أن المراد بالشهادة في قوله تعالى: "شهادة بينكم" هي الشهادة العرفية الحقيقية، لا اليمين، لأنه لما أراد الله تعالى الحديث عن اليمين ذكرها بلفظها واسمها. فقال أن ترد أيمان بعد أيمانهم، فدل ذلك على أن المراد بالشهادة هي الشهادة الحقيقية.

الجواب الثاني: أن المراد بغيركم في قوله تعالى: ﴿أو آخران من غيركم﴾ آخران من غير قبيلتكم، وهو مروي عن الزهري والحسن، وهو تأويل بعيد، ومخالف لظاهر الآية، ومردود من وجوه[1]

- انه مخالف لما رواه غير واحد في سبب نزول الآية. وأنها نزلت في قصة عدي وتميم بغير خلاف.

- أنه مخالف لفعل الرسول صلى الله عليه وسلم و صحابته.

- أن الخطاب في الآية للمؤمنين﴿يا أيها الذين أمنوا﴾ فكذلك الخطاب في قوله أو غيركم. يعني غير المؤمنين. وغير المؤمنين هم الكفار، وليس في الآية ما يشير إلى كون الخطاب للقبيلة.

- لو كان المراد آخران من غير قبيلتهم. لما قال تحبسونها من بعد الصلاة فيقسمان لأن الشاهدين المسلمين لا يمين عليهما. فلما قال: تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان، دل ذلك على أنهما غير المسلمين.

- أن حمل الآية على ذلك يحتاج إلى تقدير مضاف، أي من غير قبيلتكم، والحذف نوع من المجاز، ويحتاج إلى قرينة ولا وجود لها.

الجواب الثالث أن الآية منسوخة بقوله تعالى:﴿استشهدوا شهيدين من رجالكم﴾ وقوله: ﴿ممن ترضون من الشهداء﴾، فإنها من آخر ما نزل من القران[2]. وهو جواب يرده.

1- راجع المغني: 163/9 احكام القرآن للجصاص: 491/2.

2- انظر: الجامع لأحكام القرآن: 226/6.

- ما روي عن عائشة رضي الله عنها أنه قالت. المائدة من أخر سورة نزلت، (فما وجدتم فيها من حلال فاستحلوه، وما وجدتم فيها من حرام فاستحرموه...) وروي نحوه مرفوعا إلى النبي صلى الله عليه وسلم[1].

- ما قاله غير واحد من أن المائدة لم ينسخ منها شيء[2]

- أن دلالة آية المائدة على قبول شهادة الكفار بالوصية في حالة السفر دلالة بالمنطوق. وآية الدين في البقرة تدل على عدم القبول بالمفهوم، والمنطوق مقدم إذا تعارضا، كما أن النسخ بمفهوم المخالفة لا يجوز عند جماعة من الأصوليين[3].

- إن آية المائدة خاصة في الوصية، وآية الدين عامة، وإذا تعارض الخاص والعام قدم الخاص على العام.

- أن آية الدين متأخرة، والعام المتأخر لا ينسخ الخاص المتقدم خلافا للحنفية[4].

- أن النسخ لا يصار إليه إلا إذا تعذر الجمع بين الدليلين، وهو هنا ممكن، لحمل العام على الخاص.

المطلب الخامس:

في شهادة الموصى له بالوصية له ولغيره وشهادة الشهود بعضهم لبعض بالوصية

نتناول في هذا المطلب شهادة الشاهد والشاهدين بوصية له فيها نصيب، أو لهما فيها نصيب، وشهادة الشاهد أو الشاهدين بعضهم لبعض بان فلانا أوصى لهم بكذا وكذا، ونقسمه إلى ثلاثة فروع، لان الوصية المشهود بها إما مكتوبة في كتاب واحد بخط الموصى، أو غيره بأمره، أشهدهما عليه وجعل لهما نصيبا في الوصية. وإما وصية لفظية

1- أحكام القرآن للجصاص: 491/2.

2- نفس المرجع والصفحة.

3- انظر المحلي: 27/2-214.

4- نفس المرجع: 27/2.

غير مكتوبة، أوصى فيها لجماعة وأشهد أحدهم، وإما وصية خاصة بكل شاهد، أشهد بعضهم على وصية بعض.

الفرع الأول في الوصية المكتوبة، ويقصد بها أن الموصى كتب وصيته في وثيقة ذكر فيها ما أوصى به لكل واحد من الموصى لهم، أو أشركهم فيها، وأشهد على وصيته أحد الموصى لهم، أو اثنين من الموصى لهم. فالشاهد على الوصية، أو الشاهدان من جملة الموصى لهم.

وقد اختلف الفقهاء في قبول هذه الشهادة وردها، جملة وتفصيلا . أو ردها في حق الموصى له الشاهد دون غيره، أو ترد في الكثير دون القليل، على النحو التالي:

أولا: إذا كان نصيب الشاهد في الوصية يسيرا، لا يتجاوز ثلث الوصية فهناك أربعة أقوال[1].

الأول: وهو رواية ابن وهب عن مالك أنها شهادة مردودة، لا تجوز للشاهد ولا لغيره ولا تثبت بها وصية. وحجته اتهام الشاهد بجر النفع لنفسه، وشهادة المتهم لا تجوز، لما روي (أنه صلى الله عليه وسلم قضى أن لا شهادة لخصم، ولا ظنين)[2] وإذا بطلت في حق نفسه بطلت في حق غيره، بناء على القاعدة المشهورة: أن الشهادة إذا رد بعضها للتهمة رد باقيها، وبطلت كلها[3].

القول الثاني: وهو لابن القاسم ورواية مطرف عن مالك أن الشهادة جائزة للشاهد وغيره، ثم إن كان الشاهد وحده يشهد بالوصية حلف معه الموصى لهم غيره، واستحقوا الوصية، ويأخذ الشاهد حقه في الوصية بشهادته، ويمين شركائه ولا يمين عليه، وفي هذا مخالفة للقواعد الفقهية من وجهين: استحقاقه نصيبه بشهادته، والمرء لا يشهد لنفسه، وأخذه له بدون يمين، فقد أخذه بمجرد الدعوى دون شاهد يشهد له، ودون يمين منه، إلا أن أصحاب هذا القول برروه بان الشاهد في حيز التبع لجملة الوصية لتفاهة نصيبه في الوصية، وهو تبرير فيه ما فيه لأنه قد يكون نصيبه في وصية في الوصية ثلثها وقد تكون الوصية بالثلث فيكون له ثلث الثلث وربما بلغ الملايين.

1- انظر الرهوني: 7/394-195 التبصرة: 1/272-273 المدونة: 4/87.

2- رواه الدارقطني سنن الدارقطني 4/244.

3- انظر البهجة: 1/ الرهوني: 7/195.

أما إذا كان مع هذا الشاهد شاهد آخر يشهد معه بالوصية، فإن كان هذا الثاني لاحق له في الوصية فإن الموصى لهم يستحقون الوصية بدون يمين، لقيام شاهدين بالوصية، ويدخل معهم الشاهد الموصى له فيأخذ حقه بدون يمين. وإن كان الشاهد الثاني له نصيب تافه أيضا فإن الوصية تثبت بشهادتهما معا، ويستحق الموصى لهم وصاياهم ويأخذ الشاهدان نصيبهما في الوصية بلا يمين أيضا، تبعا لغيرهم من الموصى لهم.

القول الثالث: وهو لابن الماجشون أن شهادته لنفسه باطلة لا تجوز، وشهادته لغيره جائزة، فإن كان وحده حلف الموصى لهم مع شهادته، واستحقوا وصاياهم وحدهم ولا شيء للشاهد الموصى له مما سماه له الموصى.

وإن كان مع هذا الشاهد شاهد آخر له نصيب يسير في الوصية ثبتت الوصية بشهادتهما معا، ويستحق الموصى لهم وصاياهم بدون يمين، وحلف الشاهدان واستحقا وصيتهما، لأن كل واحد منهما يشهد لآخر، فيحلف مع شاهده ويستحق، بناء على قبول شهادة الشهود بعضهم لبعض وهو أحد قولين كما يأتي وإن كان معه شاهد لا شيء له في الوصية المشهود بها فإن الموصى لهم يأخذون وصاياهم بدون يمين، لقيام شاهدين لهم بالوصية، ويحلف الشاهد الموصى له مع شهادة صاحبه، ويستحق وصيته.

القول الرابع: وهو ليحيى بن سعيد أن الشهادة جائزة له ولغيره إذا كان معه شاهد آخر، فتثبت الوصية بشهادتهما، ويأخذ حقه بدون يمين، وكذلك صاحبه إذا كان له فيها نصيب يأخذه بدون يمين أيضا.

وإن لم يكن معه شاهد آخر جازت شهادته لغيره، فيحف ويستحق وصيته، ولا شيء للشاهد، لرد شهادته في حق نصيبه، بناء على أن الشهادة إذا رد بعضها للتهمة جاز ما لا تهمة فيه. وهو خلاف المشهور المعلوم.

الفرع الثاني: في الوصية اللفظية وهي التي يشهد الموصي على وصيته لفظا بغير كتاب يكتبه كان يقول أوصيت لفلان بكذا، ولفلان بكذا، وهو الشاهد على

الوصية. أو أحد الشهود الذين أشهدهم عليها. وإن كتبوها بعد ذلك، وتتنوع إلى نوعين، فق يكون نصيب الشاهد فيها قليلا ، وفقد يكون كثيرا[1]

فإن كان كثيرا فلا تجوز شهادته لنفسه باتفاق، وتجوز لغيره، فإن كان وحده حلف الموصى لهم واستحقوا وصيتهم دونه، وإن كان معه غيره ممن يشهد لنفسه بيسير ثبتت الوصية لغيرهم، واستحقوها بدون يمين، لقيام الشاهدين بالوصية لهم، ويحلف كل واحد من الشاهدين ويستحق وصيته.وإن كان معه شاهد لاشيء له في الوصية استحق الموصى لهم وصاياهم بدون يمين، وحلف الشاهد مع الشاهد الآخر واستحق وصيته.

وخرج ابن رشد قولا بعدم قبول شهادته لنفسه ولا لغيره[2]

وإن كان نصيب الشاهد في الوصية قليلا قبلت شهادته لغيره، وردت شهادته لنفسه[3].

كما أنه إذا كانت الوصية مكتوبة بخط الشاهد، أو كانت وصية الشاهد في كتاب، ووصية غيره في كتاب آخر، وشهد الشاهد بالوصيتين له ولغيره فإنها لا تقبل شهادته لنفسه، وتقبل لغيره مطلقا[4].

كان ما شهد به لنفسه قليلا أو كثيرا، لاستقلال كل وصية بنفسها، بخلاف ما كتب في كتاب واحد فيه الوصية للشاهد وغيره فإنها وصية واحدة تثبت بشاهد واحد نظرا للموصى لهم غير الشاهد، فإذا حلفوا واستحقوا الوصية دخل معهم الشاهد بالتبع على القول بقبول شهادته لنفسه وغيره، لضعف التهمة.

والفرق بين الوصية وغيرها حيث لا تقبل شهادته لنفسه وغيره بغير الوصية، هو الضرورة، فإن الميت الموصي قد يخشى معالجة الموت، ولا يجد غير الموصى له، فيوصي له ولغيره ويشهده على الوصية، بخلاف غير الموصي فلا ضرورة تدعوه لإشهاد صاحب الحق على حقه مع غيره.

1- انظر التبصرة: 273/1.
2- الرهوني: 195/7.
3- انظر الزرقاني: 169/7.
4- نفس المرجع والصفحة.

الفرع الثالث: في شهادة الشهود بعضهم لبعض بالوصية، مثل أن يشهد عمرو أن الميت أوصى لخالد بمال، ويشهد خالد أن نفس الميت أوصى لعمرو بمال أيضا، أو يشهد اثنان لاثنين ويشهد المشهود لهما للشاهدين أو لأحدهما على نفس الميت بوصية لهما بمال، إذا كانت الوصيتان بغير كتاب، أو كانت وصية كل واحد في كتاب، وقد اختلف الفقهاء في ذلك على أقوال ثلاثة[1]

الأول: قبول الشهادتين، وثبوت الوصية بها بدون يمين في حالة شهادة الشاهدين لمثلهما، والعكس، وإذا شهد كل شاهد لمثله فإن كل واحد من الشاهدين يحلف مع شاهده، ويستحق وصيته، سواء كانت شهادة كل منهما للآخر في مجلس أو في مجلسين.

والقول الثاني: لا تجوز شهادتهما مطلقا، ولو كانت في مجالس متفرقة. وهو أحد قولي سحنون، واختاره اللخمي.

والقول الثالث: الفرق بين أن تكون الشهادتان في مجلس واحد فترد، أو في مجلس بعد آخر فتقبلان.

وحجة القول بالجواز مطلقا عموم أدلة القضاء بشهادة العدل والعدلين في حديث البينة على المدعى، وحديث (شاهداك أو بيمينه، ليس لك إلا ذاك)، وحديث القضاء بالشاهد واليمين، وغير ذلك، فإنها تشمل شهادة الشاهد لغير من شهد له، ولمن شهد له.

وحجة من قال بردها مطلقا تهمة تواطئ الشاهدين على أن يشهد كل واحد منهما للآخر، للوصول إلى مبتغاه من الحصول على الوصية، فيكون من باب اشهد لي وأشهد لك.

وأما من فرق بين الشهادة في مجلس، أو مجلسين فرأى أن التهمة قوية إذا كانت الشهادتان في مجلس واحد، بخلاف ما لو شهد أحدهما بوصية لشخص في مجلس، ثم قام الشاهد يدعي وصية فشهد له الموصى له الأول المشهود له من طرف الشاهد، فإن تهمة التواطئ ضعيفة، فلا ترد بها الشهادة، وهذا قول ابن القاسم ومن معه، وهو الأرجح في المذهب المالكي.

---

[1]- انظر الرهوني: 393/7، التبصرة: 272/1.

المطلب السادس:

في شهادة السماع واللفيف بالوصية

اللفيف في اللغة ما اجتمع من الناس من قبائل شتى ومنه قوله تعالى: ﴿**فإذا جاء وعد الآخرة جئنا بكم لفيفا**﴾[1] وفي الاصطلا ح الجماعة من غير العدول المعروفين بالعدالة، ولكنهم مستورو الحال، والقياس يقتضي عدم قبول شهادتهم في المال وغيره. لعموم مفهوم قوله تعالى: ﴿**ممن ترضون من الشهداء**﴾[2] وقوله ﴿**وأشهدوا ذوي عدل منكم**﴾[3] إلا أن المتأخرين من المالكية قبلوا شهادتهم، وبرروا ذلك بتعذر وجود العدول في كل وقت، وفي كل نازلة، فتساهلوا في قبولها ليلا تضيع حقوق الناس. وجرى عملهم باعتبار اثني عشر رجلا بينة كاملة بمنزلة العدلين، وستة بمنزلة العدل الواحد، وخصوها بالرجال، ولم يقبلوا اللفيف من النساء في مال ولا غيره[4]

وأما شهادة السماع فإن المنصوص عليه أن الإيصاء يثبت بشهادة السماع كما صرح بذلك القرافي وابن العربي والغرناطي ومعهما فحمل ابن غازي ذلك على الإيصاء بالنظر. وتبعه جماعة، فأفتوا بعدم ثبوت الوصية المالية بشهادة السماع، في حين حمل ذلك آخرون على وصية المالية وقالوا بثبوتها بشهادة السماع[5] ونختم هذا المبحث بالإشارة إلى أنه إذا لم يكن لمدعي الوصية بينة فإنه لا يحلف الورثة إلا أن يكون الموصي به في يد مدعي الوصية[6]

1- سورة الاسراء، من الآية: 104.

2- سورة البقرة من الآية 282.

3- سورة الطلاق الآية:2.

4- انظر مواهب الخلاف: 326/325/1.

5- راجع النوازل الصغرى: 306/4 حلي المعاصر والبهجة: 134/1

6- انظر تحفة ابن عاصم بشرح البهجة: 158-157/1 المعيار 517/9 ـ 518.

المبحث الثاني:
في الإقرار بالوصية

الإقرار في اللغة الاعتراف، وفي اصطلاح الفقهاء قول يوجب حقا على قائله.

والمقصود هنا إقرار الورثة أو بعضهم بان مورثهم أوصى في حياته قبل موته بشيء ما، فهو في الحقيقة شهادة على الميت بالوصية من طرف الورثة، أو بعضهم، لكن لما تعلق حكمه بما آل للورثة من تركة الميت اعتبر ذلك إقرارا.

والحكم فيه تختلف باختلاف المقر فقد يكون رشيدا، أو محجورا، واحدا أو متعددا، ذكرا، أو أنثى. كما قد يكون عدلا، أو غير عدل، وقد يقر بالوصية لشخص ثم يقربها لآخر، أو يقر بعض الورثة لشخص، ويقر الوارث الآخر لشخص آخر، أو يقر لشخص، ويشهد لآخر بينة بالوصية.

لذلك نقسمه إلى أربعة مطالب: الأول في الإقرار بموصى له واحد، والثاني في إقرار الوارث بغير من أقر به الوارث الآخر. والثالث في الإقرار لموصى له بشيء ثم الإقرار به لآخر. والرابع في تعارض البيئة والإقرار.

المطلب الأول:
إقرار الوارث بموصى له واحد

وهو يختلف بحسب المقر، فإن كان محجورا عليه لسفه أو لصغر كان إقراره باطلا لا أثر له، لا يلزمه به شيء، ولا يلزم باقي الورثة شيء أيضا، أما عدم لزوم الإقرار له فلأنه محجور ومن شروط المقر التكليف وعدم الحجر، وأما عدم لزوم شيء للورثة فلأن شهادته باطلة، لأن من شروط الشهادة الرشد على المشهور المعمول به[1].

---

[1] - انظر المدونة: 291/4- البهجة وحلي المعاصم: 86/1.

وإن كان رشيدا لا حجر عليه لزمه إقراره مطلقا، ذكرا كان أو أنثى، واحدا، أو أكثر، فإذا لم يكن مع المقر وارث فإن الموصى له يأخذ جميع الوصية بدون يمين، لعدم المنازع.

وإن كان معه وارث منكر لزم المقر من الوصية بقدر ما ينوبه فيها من الميراث، فإذا كانت الوصية بالثلث لزمه ثلث ما ينوبه في الميراث. وإن كانت بالربع لزمه ربع نصيبه، وهكذا، ولا يلزم غيره من الورثة المنكرين شيء إذا كان المقر غير عدل لإنكارهم، وبطلان شهادة المقر عليهم، لعدم عدالته[1].

فإن كان المقر عدلا واحدا رجلا فهناك قولان:

- الأول: مذهب المالكية والحنابلة وقياس قول الشافعي أن الموصى له يحلف ويستحق وصيته.

- والثاني: للحنفية رد شهادة الوارث وعدم القضاء بها.

ومنشأ الخلاف هنا الخلاف السابق في القضاء بالشاهد واليمين، فمن رأى القضاء به قال بثبوتها بإقرار العدل الواحد. لأنه مقر على نفسه، شاهد على غيره، ومن منع القضاء بالشاهد واليمين قال بعدم ثبوتها بإقرار العدل الواحد من الورثة، ويلزمه نصيبه فقط[2].

بخلاف ما لو كان المقر اثنين من الورثة رجلين عدلين فإن الوصية تثبت بإقرارهما على أنفسها، وشهادتهما، إلا أن يتهما بجر النفع لنفسهما..."[3].

وإن كان المقر امرأة واحدة لزمها الإقرار في نصيبها، ولا تثبت بها الوصية ولو كانت وصية كما سبق، بخلاف إقرار امرأتين عدلين فيجري فيهما الخلاف السابق في شهادة النساء بالوصية[4]

1- فرائض آبي الشتاء الصنهاجي : 265.

2- انظر المنتقى: 65/6 –المدونة: 289/4-291.

3- الذخيرة 105/7.

4- المدونة: 289/4.

المطلب الثاني:

في إقرار الوارث بالوصية ثم الإقرار بها لآخر بدل الأول

ومن صورها أن يشهد اثنان من الورثة أن أباهما أوصى بالثلث لفلان، ثم يرجعا عنه. ويشهدا أنه أوصى به لشخص آخر، وأنهما أخطآ في الأول.

وقد اختلف فيها، فقال المالكية إن كان رجوعه قبل دفعها للأول قضى بها للثاني وبطل إقراره للأول، وإن كان بعد دفعها للأول فإنها لا تنتزع منه. ويغرمان للثاني مثلها، لاعترافهما بان الوصية له، ولا يصدقان على الأول، لاتهامهما بدفع الضمان عن أنفسهما[1].

وقال الحنفية إذا كان الإقرار الثاني متصلا بالأول قسم بينهما نصفين وإن أقر لفلان ثم قال بعد ذلك: لفلان، أو قال لفلان بل فلان فهي للأول في الوجهين، لثبوتها له بالإقرار الأول.

وإن كان إقراره للثاني بعد دفعها للأول فهي للأول ويضمن مثلها للثاني، إلا يكون دفعها للأول بحكم قاض، فلا ضمان عليه للثاني[2].

وقال الحنابلة: إن كان الإقرار هنا في غير مجلس الإقرار للأول لم يقبل إقراره للثاني، وهي للأول، لأنه يثبت للأول بإقراره، فلا يقبل قوله فيما ينتقض به حق الأول، إلا أن يكون المقر عدلا فيشهد بذلك فيحلف معه الثاني ويشارك الأول.

وإن كان إقراره للثاني في المجلس وبكلام متصل ففيه وجهان.

الأول لا يقبل إقراره للثاني، لأن حق الأول ثبت في الجميع فأشبه الإقرار في مجالس متعددة.

والثاني قبوله لأن المجلس الواحد بمنزلة الحالة الواحدة[3]

1- الذخيرة 46/7.

2- الفتاوي الهندية: 107/6.

3- المغني: 65/6.

المطلب الثالث:

في إقرار بعض الورثة لغير من أقر له الآخر

وكمثال على ذلك ما لو اقر أحد الابنين أن أباه أوصى بالثلث أو بداره لفلان، ويقر الابن الآخر بان أباه أوصى بذلك لشخص آخر غير الذي سماه أخوه.

والحكم فيها أن يحلف كل واحد من الموصى لهما ويشتركا في الوصية إذا كان الوارثان المقران عدلين، فإن حلف أحدهما ونكل الآخر أخذ الوصية الحالف وحده، ولا رجوع للناكل بشيء على من أقر له بالثلث لأن الوصية في الثلث ولم يبق منه شيء.

فإن نكل المقر لهما عن اليمين، أو كان الولدان المقران غير عدلين أعطى كل واحد من الولدين ثلث ما بيده لمن أقر له بالوصية بالثلث أقر مواخذة له بإقراره.

فإن رجعا بعد الحكم وأقرا أن الذي أقر به أخوه حق، فإن المقر لهما يرجع كل واحد منهما على من أنكر وصيته بثلث ما في يده، لاعترافه بإتلاف ذلك عليه، بإنكاره حقه في الوصية[1]

المطلب الرابع:

في تعارض البينة والإقرار

والحكم فيها يختلف باختلاف الوارث المقر. فإن كان المقر اثنين عدلين وشهدا أن أباهما أوصى بالثلث لفلان، وشهدت البينة لشخص آخر انه أوصى له بالثلث، فإنه يعمل بالحجتين معا، ويقسم بينهما إذا كان ذلك في موطنين مختلفين، لا مكان كونه وصى به مرتين.

وإن كان في موطن واحد فهو تكاذب يحكم بأعدل البينتين، وإن كان المردود شهادتهما هما الوارثين الولدين لم يكن للمقر له الرجوع عليهما بشيء. لأن من حجتهما أن يقولا غصب الثلث الموصى به لك، وليس علينا تعويضك.

---

[1]- الذخيرة: 46/7.

واختلف إذا كانت البيتان متكافئتين، فقيل يسقطان ويصدق الورثة لمن أقروا له، وقيل يحلفان ويقسم بينهما[1] الأول ابن قاسم، والثاني لغيره.

ومنشأ الخلاف بينهم هنا هو الخلاف المشهور فيمن ادعى شيئا بيد رجل ثالث وتكافأت البيتان، لمن يقضي به، فمن قال يقضى به لمن هو في يده، أو لمن يقر له به قال يقضى به هنا لمن أقر به الورثة، لأنه في أيديهم وقد أقروا به لمن شهدوا له به.

ومن قال لا يكون لمن هو في يده لاتفاق البيتين على أنه ليس له، وانهما يحلفان ويقسم بينهما، قال هنا: يحلفان ويسقم بينهما، لاتفاق البينتين على إخراجه من مال الميت[2]

وكذلك اختلف إذا شهد الوارثان بالوصية لشخص بمعين يساوي الثلث، وشهد أجنبيان بوصيته بالثلث لشخص آخر، والوارثان غير عدلين، أو يتهمان، فقال ابن القاسم يخرج الثلث بشهادة الأجنبيين. ويلزم الوارثين دفع المعين للموصى له به، بإقرارهما أنه له. وقال أشهب يلزمهما ثلثه فقط مؤاخذة لهما بإقرارهما في الباقي واعتبار الثلث المقضي به بشهادة البينة كأنه جائحة أصابت المال[3].

وقال الحنفية: إذا أقر الوارث أن أباه أوصى بالثلث وشهدت الشهود أن أباه أوصى بالثلث لآخر فإنه يؤخذ بشهادة الشهود، ولا شيء لمن أقر له الوارث.

وقال الحنابلة: إن كان المقر ليس بعدل أو كان امرأة فالوصية لمن شهد له بها الشهود، لأن وصيته ثابتة ولم تثبت وصية من أقر له الوارث.

وإن كان الوارث المقر رجلا عاقلا عدلا وشهد بالوصية بالثلث لفلان، وأقام غيره شاهدين أنه أوصى له به فإن المقر يحلف مع شهادة الوارث العدل، ويشترك مع من شهدت له البينة بالثلث، بناء على ثبوت الوصية بالشاهد واليمين[4] اخذا بحديث أنه صلى الله عليه وسلم قضى بالشاهد واليمين.واختلف إذا شهد عدلان لشخص بثلث، وشهد عدل آخر لشخص ثان بالثلث.

1- الذخيرة: 106/7.

2- انظر: المغني:9/ 301.

3- الدخيرة 106/7.

4- سبق تخريجه.

فقيل يتعارضان، فيحلف الثاني مع شاهده، ويقسم الثلث بينهما، لان الشاهد واليمين حجة في الأموال. وقيل تقدم شهادة العدلين على شهادة العدل، ويقضي بالثلث لمن شهدا له[1]

المبحث الثالث:

في الكتـــابة والخـــط

ونقسمه إلى مطلبين الأول في مشروعية كتابة الوصية وحكمها والثاني في ثبوت الوصية بذلك.

المطلب الأول:

مشروعية كتابة الوصية وحكمها

أ- بالنسبة لمشروعية كتابة الوصية هناك إجماع على مشروعية كتابه الموصى وصيته في حياته قبل موته، لأنه أحفظ لها واضبط، والأصل في ذلك حديث ابن عمر المتفق عليه، "ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده"[2].والقياس على الدين في قوله تعالى: ﴿**إذا تداينتم بدين إلى اجل مسمى فاكتبوه.**﴾[3]

ويستحب له أن يبدأها بكتابة البسملة والشهادتين قبل الوصية، كما استحبوا له ان يكتب في وصيته أن هذه وصيته إن مات ولم يغيرها، كما روي عن عائشة رضي الله عنا [4] والأصل في ذلك ما روي عن السلف الصالح من ذكر ذلك في وصاياهم، والأمر به فقد روي عن أنس بن مالك رضي الله عنه أنه قال: كانوا يكتبون في صدور وصاياهم بسم الله الرحمان الرحيم، هذا ما أوصى به فلان أنه يشهد أن لا إله إلا الله وحده لا

1- المغني: 9/300-301.

2- سبق تخريجه

3- سورة البقرة الآية: 282.

4- رواه سعيد بن منصور في سننه: 1/115.

شريك له، وان محمدا عبده ورسوله، وأن الساعة آتية لا ريب فيها، وأن الله يبعث من في القبور، وأوصى من ترك من أهله أن يتقوا الله ويصلحوا ذات بينهم. ويطيعوا الله ورسوله إن كانوا مومنين، وأوصاهم ما أوصى به إبراهيم بنيه ويعقوب: ﴿**يا بني إن الله اصطفى لكم الدين فلا تموتن إلا وانتم مسلمون**﴾[1].

وكتب أبو الدرداء في وصيته بسم الله الرحمان الرحيم، هذا ما أوصى به أبو الدرداء أنه يشهد أن لا إله إلا وحده لا شريك له، وأن محمدا عبده ورسوله، وان الجنة حق، وان النار حق، وان الله يبعث من في القبور، وأنه يومن بالله ويكفر بالطاغوت، على ذلك يحيى ويموت إن شاء الله، وأوصى فيما رزقه الله تعالى بكذا وكذا، وأن هذه وصيته إن لم يغيرها.[2]

وبالنسبة لحكم الكتابة فإن هناك اتفاقا على أنها مستحبة فقط، وليست واجبة، ولا شرطا في صحة الوصية، ولا ثبوتها، وان الوصية اللفظية الشفوية كالوصية المكتوبة في وجوب تنفيذها، طال الزمان عليها، أو قصر[3]

وشذ بعض المالكية فقال ببطلان الوصية الشفوية إذا طال عليها الزمان، ولا تنفذ، وبه قيل في امرأة أوصت في صحتها لقوم، وأشهدت على ذلك رجالا، ولم تكتب، ثم عاشت نحو الخمسين سنة، أو أكثر ثم مرضت، فأوصت بثلثها كله لمسجد بعينه، فماتت فقيل الوصية الأولى لا تجوز، لأنها لم تكتب في كتاب. وقيل جائزة ويتحاصان[4].

والأصح قبولها مطلقا، وحجته الكتاب، والسنة، وإجماع الأمة. أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿**شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم**﴾[5].

وقوله تعالى: ﴿**فمن بدله بعد ما سمعه فإنما إثمه على الذين يبدلونه**﴾[6].

1- سورة البقرة، الآية 132.وانظر: سنن سعيد بن منصور:104/1.
2- المغني: 71/6.
3- -انظر الفتح: 359/5.
4- الرهوني: 251/8.
5- سورة المائدة، من الآية: 106
6- سرة البقرة، من الآية: 181.

فاكتفى في الآية الأولى بالإشهاد، ولم يشترط كتابته، كما اكتفى في الثانية بمجرد سماع الوصية، ولم يشترط كتابتها، وتوعد على تبديلها بعد سماعها. وذلك دليل على وجوب تنفيذها بمجرد سماعها، لأن التوعد على التبديل يدل على تحريمه، والنهي عن الشيء أمر بضده، أو يتضمنه، كما يقول الأصوليون.

وأما السنة، فعموم الأدلة الدالة على وجوب العمل بشهادة البينة، مثل حديث "شاهداك أو يمنه[1] " وحديث "البينة على المدعي" [2].

وقوله صلى الله عليه وسلم، "لا يبطل حق امرئ مسلم وإن قدم" [3] والوصية حق من حقوق المسلم، فلا تبطل بتقادم الزمان عليها، أو على الإشهاد بها.

وأما الإجماع فقد نص عليه القرطبي، ونقله عنه الحافظ ابن حجر وأقره[4].

وأما القياس فقياس الوصية على غيرها من العقود، فإنه لا يشترط كتابتها، وتقبل فيها البينة الشفوية وإن طال الزمان، والوصية مثلها.

وقد خالف القانون المصري كل هذا، واشترط لسماع دعوى الوصية بعد وفاة الموصي عند الإنكار أن تكون الوصية ثابتة بورقة رسمية، أو بورقة عرفية، كتبت كلها بخط المتوفى، وعليها توقيع، أو كانت بإمضاء مصدق عليه حسب المادة الثانية، الفقرة الثالثة من قانون الوصية.

وفي هذا إلغاء للعمل بالشهادة الشفوية، وقد برر واضعو القانون بأن الهدف من ذلك قطع الطريق على المزورين الذين يدعون وصايا لا وجود لها، ويؤيدونها بشهادة مزورة، كما برروه من الناحية الفقهية بأن لولي الأمر أن يمنع قضاته من سماع بعض الدعاوي، وأن يقيد سماعها بما يراه من القيود[5].

وهي تبريرات تردها النصوص السابقة، القاضية بوجوب تنفيذ الوصية الثابتة بالشهادة الشفوية، العادلة من جهة، وتؤدي إلى حرمان كثير من الناس من وصاياهم

1- جزء من حديث متفق عليه. انظر: نيل الأوطار: 302/8 .

2- رواه البيهقي والدار قطني. انظر: نيل الأوطار: 305/8- سنن الدار قطني: 218/4.

3- أورده في المعيار: 261/10.

4- انظر: الفتح: 359/5. المنتقى: 149/6.

5- أحكام الوصايا والأوقاف للدكتور فراح:53.

الموصى لهم بها، بتهمة احتمال التزوير، واحتمال التزوير لا يكفي وحده لإبطال الشهادة حتى يثبت بدليل شرعي، ولان المفروض في الشهود العدالة، وهي تمنع من التزوير، ثم احتمال التزوير موجود في العقود الأخرى غير الوصية، ولعله لهذا لم يتبن القانون المغربي موقف القانون المصري، وأجاز الشهادة الشفوية في حدود ضيقة، حيث اشترط لقبولها شروطا خاصة تتلخص فيما يلي:

–وجود ضرورة قاهرة لوقوعها أمام من اتفق حضورهم، يعني تعذر وجود عدلين منتصبين للشهادة.

- أن يكونوا ممن تقبل شهادتهم.
- أن تحول نفس الضرورة القاهرة دون كتابتها.
- أن لا يسفر البحث والتحقيق عن ريبة في شهادتهم.
- أن يؤدوها من يوم التمكن من الأداء، حسب الفصل 192 من مدونة الأحوال الشخصية القائل يشترط في صحة الوصية أن يصدر بها إشهاد عدلي، أو يحرر بها عقد يوقع عليه الموصي بإمضائه، فإن عرضت ضرورة قاهرة لوقوع وصية لفظية أمام من اتفق حضورهم لها، ممن تقبل شهادتهم وهم غير منتصبين، وحال ذلك دون كتابتها، ولم تسفر عملية البحث والتحقيق عن ريبة في شهادتهم بها صحت، إن أديت من يوم التمكن من الأداء.

وهي شروط تتنافى مع النصوص السابقة، وتفتقر إلى سند فقهي، إلا ما كان من الوصية المعلقة على موت الموصي من مرضه هذا، أو سفره هذا، فإنها إذا كانت غير مكتوبة فإنها تبطل إذا لم يمت من مرضه ذلك، أو سفره، لانتفاء شرطه، لا لعدم كتابتها، بدليل أنه إذا مات في مرضه أو سفره ذلك فإنها تنفذ ولا يقدح في ذلك عدم كتابتها.

المطلب الثاني:

في ثبوت الوصية بالخط

الاحوط للوصية أن تكتب ويشهد عليها، لتكون لازمة التنفيذ بعد وفاة الموصي، ولا مطعن فيها للورثة. فإن أشهد عليها ولم يكتبها نفذت، كما سبق اتفاقا في الفقه الإسلامي، أما إذا كتبها الموصي بخط يده ولم يشهد عليها، فهناك خلاف بين الفقهاء في ثبوتها بمجرد ذلك ووجوب تنفيذها.

فقال الشافعية والحنفية لا تثبت الوصية بذلك ولا يجب تنفيذها وهو أحد قولين للحنابلة[1] بناء على اشتراط الإشهاد في الوصية، لقوله تعالى ﴿**يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم**﴾[2]

وقياسا على خط الشاهد والقاضي، فإنه لا يجوز الحكم بهما. فكذلك خط الموصي لا يجوز الحكم به، بجامع أن كلا خط يتعلق بحق المدعي.

وقال أحمد في رواية عنه تثبت الوصية بمجرد خط الموصي ويحكم بها، ما لم يعلم رجوعه عنها، إذا ثبت بإقرار ورثته، أو بينة أن هذا خطه، وكان مشهور الخط[3]، وحجته حديث ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده[4]. فلم يذكر شيئا زائدا على الكتابة. فدل على الاكتفاء بها، وإلا لم تكن فائدة في كتابتها.

وقال المالكية في المشهور عندهم أنه لا تثبت بخطه ولو قرأها عليهم، إذا لم يقل لهم اشهدوا علي بما فيها، ولم يقل لهم نفذوا ما فيها[5].

1- المغني: 69/6 ـ الفتح: 359/5.

2ـ سورة المائدة، من الآية: 106.

3- سورة المائدة، من الآية: 106.

4- سبق تخريجه.

5- انظر: الزرقاني وبناني 198/8 290/1. التبصرة 290 - المعيار: 376/9 - الذخيرة: 60/7.

واختلف إذا كتبها بخطه، وكتب في وصيته نفذوها، فقال عياض: يجب تنفيذها، وهو الراجح. وقيل لا يجب تنفيذها[1].

وقد أخذ القانون المصري بالرأي القائل بثبوتها بمجرد خطه حين اشترط لسماع دعوى الوصية أن تكون الوصية ثابتة بورقة رسمية، أو بورقة عرفية كتبت جميعها بخط المتوفى، وعليها توقيعه، أو كانت بإمضاء مصدق عليه. المادة 2.

فاكتفى عن الإشهاد بكتابة الوصية بخط الموصي أو بإمضائه المصدق عليه.

أما القانون المغربي فإنه وإن اكتفى عن الإشهاد بإمضاء الموصي على عقد الوصية حسب الفصل 192 ـ فإنه عاد في الفصل 193 ليشترط في الوصية المنعقدة بخط الموصي، أو تلاوته أن يصرح في نفس العقد بما يوذن بالأمر بتنفيذها ـ وبذلك يكون اختيار قول القاضي عياض، كما فهمه المحققون من المتأخرين من أن كتابة الأمر بتنفيذ الوصية في توثيقها، يقوم مقام الإشهاد عليها، في وجوب العمل بها وتنفيذها[2].

1- نفس المرجع. انظر: المعيار: 375/9.

2- انظر: الرهوني: 284/8.

الفصل السادس :
في الرجوع عن الوصية ومبطلاتها

ونقسمه إلى مبحثين، الأول في الرجوع عن الوصية، والثاني في مبطلا تها.

المبحث الأول :
الرجوع عن الوصية

والحديث عنه محصور في مشروعيته، وحكمته، وشروطه، وما يحصل به الرجوع، وما لا يحصل به، ونخصص لذلك أربعة مطالب. الأول في مشروعيته وحكمته، والثاني في حكمه، والثالث في شرطه، والرابع في ما يحصل به الرجوع، وما لا يحصل.

المطلب الأول :
في مشروعية الرجوع عن الوصية وحكمته.

بالنسبة لمشروعية الرجوع عن الوصية هناك اتفاق على مشروعية الرجوع عن الوصية بالمال كلها، أو بعضها، في الصحة والمرض، كانت الوصية في الصحة أو المرض، مادام الموصي حيا فله الرجوع في الوصية، والحجة في ذلك الأثر والإجماع والقياس والنظر، أما الأثر فما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال : يغير الرجل ما شاء من وصيته[1].

وأما الإجماع فقد حكاه ابن المنذر في كتاب الإجماع ومالك في الموطأ والمدونة، والشافعي وابن حزم وغيرهم[2].

1- المغني 66/6، المدونة 283/4، المحلى 341/9.
2- راجع كتاب الإجماع لابن المنذر ص 83، المدونة 282/4، المنتقى 1148/6 المحلى 340/9 نهاية المحتاج 94/6.

وأما القياس فهو قياس الوصية على الهبة قبل القبض، بجامع أن كلا تبرع لم يحز ولم يقبض، أو بجامع أن كلا عقد غير لازم[1] إلا أن هذا القياس لا يصح على مذهب المالكية، القائلين بلزوم الهبة بالقول، وإن لم تحز، ومنع الرجوع فيها قبل القبض، وجبر الواهب على تحويز الهبة للموهوب له وإقباضها له، استنادا إلى عموم قوله تعالى : "أوفوا بالعقود"[2]، وحديث : "لا يحل للرجل أن يعطي العطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده"[3].

وأما النظر فهناك مسالك :

الأول أن الوصية عقد غير لازم في حياة الموصي، لكونه غير تام، لأنه لا يوجد فيه إلا الإيجاب فقط، والأصل في العقود أنها لا تتم ولا تلزم إلا بإيجاب وقبول، وما دام القبول لم يوجد، ولا يعتد به هنا إلا بعد الموت، فالوصية عقد غير تام يجوز الرجوع فيه كسائر العقود، وليس استثناء من الأصل كما يقول البعض[4].

المسلك الثاني : ما أشار إليه مالك رحمه الله من أنه لو كان الموصي ممنوعا من الرجوع في الوصية لصار كل موص ممنوعا من التصرف في ماله الذي أوصى فيه، وذلك إضرار بالناس، ومنع لهم من الوصية[5].

المسلك الثالث : يرى أصحابه أن الوصية مجرد وعد وليست عقدا، والوعد لا يجب الوفاء به[6]، وهذا مبني على القول بأن الوصية وعد، وأن الوعد لا يلزم الوفاء به، وهما قولان سبقت مناقشتهما أثناء الحديث عن تعريف الوصية.

وبالنسبة لحكمة مشروعية الرجوع في الوصية فهي تشجيع الإنسان على الوصية بماله في حياته، والإكثار من ذلك، ليستفيد ثواب ذلك، وينفع الموصى له بالوصية[7]، لأن

1- المغني 66/6، نهاية المحتاج 94/6.
2- من الآية الأولى المائدة.
3- رواه الخمسة، نيل الأوطار 10/6.
4- انظر : حاشية الوزاني على التحفة 3، كراسة 45، ص : 8.
5- الموطأ شرح المنتقى 148/6.
6- انظر : المعيار 357/9، حاشية العدوي على الرسالة 2200/2.
7- الذخيرة 146/7-147.

الإنسـان إذا عـلم أن له الرجوع في وصيته متى شاء، لم يتخوف من الوصية، ولم يتردد في الإكثار منها، لعلمه بأن الحل في يده، والخيار له في ردها متى شاء، بخلاف ما لو علم أنه لا رجـوع لـه في وصـيته، فإنـه قد يتخوف من افتقاره لماله، واحتياجه له، ولا يقدر على استرداده كالهبة والحبس، وذلك مما يثبطه عن الوصية ويمنعه من الإقدام عليها... ولذلك شرع الرجوع، ولم يمنع منه الموصي، ليلا يؤدي لانعدام الوصية من أصلها.

المطلب الثاني :

في حكـم الرجـوع

الرجوع في الوصية تعتريه الأحكام الخمسة، فقد يكون واجبا، ومندوبا، وحراما، ومكروها، ومباحا، بحسب أحوال الوصية[1].

يجـب إذا كانـت الوصـية بممـنوع شرعا، أو طرأ عليها ما جعلها ممنوعة، مثل الوصـية بالخمـر، والخـنزير، ونحـو ذلـك، فهـذه يجب الرجوع فيها في حياته، لأنها محرمة ومـنهي عنها، والنهي عن الشيء أمر بضده. وضد الحرام الواجب، فيجب الرجوع عنها، ولأنهـا مـنكر، والمنكر يجب تغييره، وتغييره هنا بالرجوع عنها وإبطالها، ولأنها معصية، والمعصية تجب التوبة منها، والإقلاع عنها فورا، وذلك بإبطالها والرجوع فيها.

ويـندب الـرجوع فـيها إذا كانـت بمكروه شرعا، كالوصية بالقراءة على قبره، أو عـند موته عند المالكية هذه يندب للموصي الرجوع عنها إذا سبق أن أوصى بها، لأنها منهي عنها نهي كراهة، والنهي عن الشيء أمر بضده، وضد المكروه هو المندوب.

ويحـرم الـرجوع إذا كانت بواجب لا بينة عليه، لأن الرجوع عنها يؤدي لضياع حـق مـن حقوق الله أو حقوق عباده وذلك حرام، وما أدى إلى الحرام حرام، وقال عبد الملك من أصحاب مالك يجوز للموصي الرجوع فيما أوصى به من الزكاة، ولعله يريد أنه إذا رجع يعمل برجوعه، لاحتمال أن يكون أداها بعد الوصية بها، وليس معناه أنه يجوز

---

[1]- انظر : حاشية العدوى على الخرشي 431/5، أبو الحسن على الرسالة 200/2، ابن سلمون 162/1.

لـه الـرجوع عـن الوصية، وترك أدائها، لما يلزم على ذلك من ترك الزكاة في حياته وبعد موته، وهو لا يجوز.

ويكـون الـرجوع مكـروها إذا كانـت الوصـية بمندوب شرعا، لأن الرجوع عنها يؤدي إلى فوات المندوب، وهو مكروه وليس بحرام.

ويـباح إذا كانـت الوصـية بمـباح، مـثل الوصـية ببـيع شيء أو شرائه، لاستواء الطرفين في هذه الوصية فليس إمضاؤها بأفضل من الرجوع فيها، ولا العكس أفضل.

المطلب الثالث :

في شـــروطـــه

بالنسبة لشروط الرجوع في الوصية هناك شرطان مختلف فيهما :

الأول وهـو أن لا يكـون الـتزم عـدم الرجوع فيها، فإن التزم عدم الرجوع فيها عند إنشائها فهناك أقوال[1] :

الأول أنها صحيحة، وليس له الرجوع مطلقا، وحجته حديث : "المسلمون عند شـروطهم"[2] وقاعدة من التزم معروفا لزمه، وهي مستمدة من حديث : من نذر أن يطيع الله فليطعه، فإن حقيقة النذر : التزام معروف.

والقول الثاني أنها صحيحة، وله الرجوع مطلقا، وحجته :

- أنـه الأصـل في الوصـية، واشـتراط الموصى له عدم الرجوع، أو التزام الموصي بذلك يعد لاغيا، لأنه شرط مخالف لمقتضى العقد.

- أن الإجمـاع مـنعقد علـى مشـروعية الـرجوع إذا لم يلـتزم الموصـى عدمـه، فيستصعب هذا الإجماع في حالة الالتزام، لأنه لا يوجد دليل صحيح على منعه.

1- انظر : المعيار 9/268-239-355-358، الرهوني 8/249، البهجة 2/287، ابن سلمون 2/162،الأم 6/124.
2- سبق تخريجه.

- القياس على من قال لزوجته : أنت طالق طلقة لا رجعة لي عليك، فإنه يجوز له الرجعة، ولا يلزمه إسقاطها، لأنه لا يوجد دليل صحيح على منعه.

القول الثالث : أنها وصية باطلة لاقترانها بشرط مناف للعقد فيبطلان معا.

والراجح القول الأول، والذي جرى به العمل هو الصلح بقسمها بين الورثة والموصى له، إلا أن القانون المغربي أخذ بالقول الثاني القائل بأن له الرجوع مطلقا، حسب الفصل 182 الذي يقول : للموصي حق الرجوع في وصيته وإلغاؤها، ولو التزم عدم الرجوع، وله إدخال شروط عليها، وإشراك الغير فيها، وإلغاء بعضها، كما شاء، وفي أي وقت يشاء في صحته، أو مرضه.

الشرط الثاني هو الإشهاد على الرجوع القولي، ولا تكفي عنه الكتابة دون إشهاد، ولو ثبت أنها خطه[1] قياسا على الوصية، فكما لا تثبت بمجرد الكتابة دون إشهاد، كذلك لا يثبت الرجوع عنها بمجرد الكتابة دون إشهاد، وبه أفتى ابن زرب في وصية أشهد عليها، ثم كتب الموصي في أسفلها بخط يده أنه أبطلها إلا كذا وكذا، فيخرج عني، وشهدت بينة أنه خطه : فقال ابن زرب : لا ترد بهذا وصيته التي أشهد بها على نفسه[2] وقال الشافعية : لا تقبل الشهادة بالرجوع إلا إذا نص الشهود على وقوعه بعد الوصية، ولا يكفي عنه قولهم : رجع عن جميع وصاياه[3].

واشترط القانون المغربي في الفصل 194 من مدونة الأحوال الشخصية في الإشهاد على الرجوع القولي أن يحرر، ويسجل في كناش المحكمة المختصة داخل ثلاثة أيام من وقت تلقي الإشهاد.

وهو شرط يفتقر إلى سند شرعي، لانعقاد الإجماع على قبول الشهادة غير المكتوبة والعمل بها في جميع الحقوق المالية وغيرها، من طرف الرسول صلى الله عليه وسلم والخلفاء والمسلمين من بعدهم.

---

[1]- المعيار 9/398-378، التبصرة 1/290.

[2]- نفس المرجع.

[3]- نهاية المحتاج 6/94.

كمـا أن تطبـيق ذلـك قـد يـؤدي إلى ضياع حقوق الورثة في حالة ما إذا تأخر تسجيل الإشهاد أو تحريره في الوقت المحدد لسبب من الأسباب.

أمـا القـانون المصـري فاشترط في مادته الثانية لسماع دعوى الرجوع القولي بعد وفاة الموصي وجود أحد أمور ثلاثة :

الأول أوراق رسمية.

الثاني ورقة مكتوبة كلها بخط المتوفي وعليها إمضاؤه.

الثالث ورقة الرجوع القولي بتوقيع الموصي المصدق عليه.

وهو بذلك يستبعد قبول الشهادة الشفوية بالرجوع القولي مما يترتب عليه ضياع حقـوق الورثـة القـائمين بهـذه الشهادة، وحرمانهم من سماع دعواهم والقضاء لهم، وهو أمر كما قلنا لا سند له في الفقه الإسلامي، إلا أن بعض الشراح برر ذلك باندراجه تحت قاعدة أن لولي الأمر أن يمنع قضاته من سماع بعض الدعاوي، وأن يقيد السماع بما يراه من القيود[1]. وهو تبرير غير صحيح.

أولا. لأن القضـاء بين الخصوم فرض كفاية، لا يجوز لأحد تعطيله، ومنع جميع القضـاة مـن الحكم في دعاوي معينة، والذي يجوز لولي الأمر حسب القاعدة المشار إليها هـو أن يمـنع بعض القضاة من القضاء في مسائل وأبواب، عين لها قضاة آخرون مما هو راجـع إلى توزيع الاختصاصات بين القضاة، أما منع الجميع من القضاء في قضايا معينة، دون أن يعين من يقضي فيها، فإن هذا لا يجوز، لأنه يؤدي إلى الشغب في هذه القضايا، وحرمان أصحاب الحقوق من حقوقهم فيها.

---

[1]- أحكام الوصايا والوقف لفراج ص 53.

المطلب الرابع :

فيما يقع به الرجوع

يتم الرجوع عن الوصية إما بالقول، وإما بالفعل.

1- أما القول فقد يكون صريحا في الرجوع، مثل قوله رجعت عن وصيتي، أو نسختها، أو أبطلتها، أو لا تنفذوها، أو لا تعطوه شيئا مما أوصيت به، وقد يكون متضمنا للرجوع غير صريح فيه، مثل قوله ما أوصيت به لفلان فهو لوراثي، أو هو حرام عليه أوربا، ونحو ذلك، وقال الحنفية لا يعتبر قوله هو حرام عليه أو ربا رجوعا في الوصية[1].

واختلف في جحود الوصية وإنكار الموصي لها على أقوال[2].

الأول أنه رجوع -وهو مذهب المالكية- واحد قولين للحنفية والحنابلة.

الثاني أنه ليس برجوع، وهو القول الثاني للحنفية والحنابلة.

والقول الثالث للشافعية أنه إذا قامت قرينة تدل على أن الإنكار للخوف من ظالم ونحوه لم يكن رجوعا، وإلا كان رجوعا.

حجة القول الأول أن الإنكار دليل على عدم رغبته في الوصية، وعدم طيب نفسه بانتقال الموصى به للموصى له، وقد قال صلى الله عليه وسلم : "لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه"[3]، وهذا لم تطب نفسه، فلا تصح وصيته.

وحجة القول الثاني القياس على سائر العقود، فإنها لا تبطل بالإنكار إذا ثبتت[4]، إلا أن هذا القياس غير صحيح، لأنه قياس مع الفارق، لأن العقود التي لا

1- انظر : المغني 67/6، نهاية المحتاج 94/6، الفتاوي الهندية 93/6.

2- انظر : الرهوني 247/8، المغني 68/6، الفتاوي الهندية 93/6، نهاية المحتاج وحواشيه 95/6.

3- سبق تخريجه.

4- المغني 68/6.

تبطل بالإنكار عقود لازمة، لا رجوع فيها للمنكر، بخلاف الوصية فإنها عقد غير لازم، فإنكاره دليل على رجوعه.

2- وأما الفعل فقد اتفق الفقهاء على أن منه ما يعد رجوعا، ومنه مالا يعد رجوعا، إلا أنهم اختلفوا في ضابط ما يعد رجوعا، مما لا يعد رجوعا بصفة عامة، كما اختلفوا في أعيان الأفعال التي تعد رجوعا على وجه التفصيل.

أما ضابط ما يعد رجوعا فقد ذكر المالكية لذلك ضابطين، كما قال الحطاب[1]، وهما قولان لابن القاسم وأشهب، كما قال الباجي[2].

الأول كل فعل ينقل الملك، ويمنع من نقله، أو بعبارة أخرى كل فعل لا يفعله الإنسان إلا في ماله وملكه.

الثاني كل فعل يبطل به اسم الموصى به الأول، ولا يبقى مسمى به.

وللشافعية ضابطان أيضا[3] :

الأول كل ما أشعر بالإعراض عن الوصية إشعارا قويا فهو رجوع، وإن لم يزل به الاسم، بشرط وقوعه من الموصي، أو من ماذونه.

والثاني كل مازال به الاسم، وتغير به، سواء كان من فعل الموصي، أو غيره بإذنه، أو بغير إذنه.

أما الحنفية فلهم ضوابط أربعة[4] :

1- كل فعل لو فعله الإنسان في ملك غيره ينقطع به حق المالك، فإذا فعله الموصي كان رجوعا.

2- كل فعل يوجب زيادة في الموصى به، ولا يمكن تسليمه إلا بها فهو رجوع إذا فعله.

1- مواهب الجليل 369/6.
2- المنتقى 152/6.
3- نهاية المحتاج 96/6.
4- الفتاوي الهندية 92/6، البدائع 370/7.

3- كل تصرف أوجب زوال ملك الموصي فهو رجوع.

4- كـل تغير طرأ على الموصى به أوجب تغيير معناه واسمه، سواء كان التغير بزيادة، أو نقص.

وأما على وجه التفصيل فإن الرجوع يتم بما يلي :

1- كـل فعل يؤدي إلى استهلاك العين الموصى بها، مثل أكل الطعام، وشرب الشراب، وإحـراق الـثوب، وقتل الحيوان، ونحو ذلك، فإذا فعل الموصي شيئا من ذلك في العـين الموصـى بها كان ذلك رجوعا عن الوصية إجماعا، كما قال ابن المنذر[1]، لتعذر تنفيذ الوصية بعد ذهاب عينها بالاستهلاك.

2- كـل تصرف ينقل الملك، مثل البيع، والهبة، والصدقة، والإصداق، والخلع، والتصـيير، والصـلح، وغـير ذلـك، فـإذا فعـل الموصـي شيئا من ذلك في حياته كان ذلك رجوعا في الوصية أيضا، كما ذكر ابن المنذر[2].

وروى عـن أصـحاب الـرأي أن البـيع لا يعد رجوعا، لأنه أخذ عوضا، فتتعلق الوصية بالعوض[3].

واخـتلف إذا عـاد الموصـى بـه إلـى ملـك الموصـي قـبل موتـه، فقـال الحنفـية، والشـافعية، والحـنابلة لا تعود الوصية فيه إلا بإيصاء جديد، ولو رجع إليه بفسخ العقد لفساده، أو لخيار، أو لم تقبض الهبة ونحوه، فمجرد العقد مبطل للوصية عندهم[4].

وفـرق المالكـية بين الموصى به المعين وغيره، فقالوا في المعين تعود الوصية برجوعه لملك الموصي، لتعلق الوصية بعينه، ولا تعود إذا أخلفه بمثله.

1- المغني 67/6، الأم 124/4.

2- نفس المرجع والصفحة، المغني.

3- نفس المرجع...

4- نهاية المحتاج 95/6، الفتاوي الهندية 93/6.

بخلاف غير المعين إذا أخلفه بمثله، فإن الوصية تعود إلى خلفه، كمن أوصى لشخص بسيارته أو متاع بيته، فباع السيارة واشترى أخرى، واستبدل متاع بيته بمتاع آخر، فإن الوصية تتعلق بالسيارة الجديدة، والمتاع الجديد[1].

واتفق الجميع على أن الوصية بجزء شائع لا تبطل بالبيع، ونحوه من التصرفات الناقلة للملك، فإذا أوصى بثلثه فباع جميع ماله، أو استهلكه، أو أتلفه، ثم استفاد مالا آخر فإن الوصية تتعلق بالمال المستفاد، لتعلق الوصية بغير معين[2].

كما أن التصرفات التي لا تنقل الملكية مثل الكراء، والإعارة، والإيداع، لا تعد رجوعا، والأجرة في الإجارة للموصى له عند المالكية.

واختلفوا في الرهن فقال المالكية ليس برجوع، وعلى الورثة فداء الرهن من رأس مال التركة، وقال الحنفية، والحنابلة هو رجوع، وللشافعية قولان[3].

وقال المالكية في اقتضاء الدين الموصى به إنه رجوع إذا استهلكه، أو أودعه[4].

وألحق بالبيع الأمر به، والتوكيل عليه، والوصية به[5]. فإذا أمر ببيع الموصى به، أو وكل على ذلك، أو أوصى به كان ذلك رجوعا.

3- استرجاع وثيقة الوصية من يد الموصى له، أو من يد من وضعت عنده، في الوصية المطلقة، أو المقيدة، فإذا أوصى لشخص بثلثه إن مات من مرضه، أو من مرضه هذا، وكتب وصيته، وأشهد عليها، ووضعها عند الموصى له، أو عند أمين، ثم استرجعها قبل برئه أو بعده، فإن الوصية تبطل، ويعد ذلك رجوعا كما سبق.

ومثل ذلك تقطيع الوثيقة، وهو أقوى في الدلالة على الرجوع، كما أفتى بذلك ابن الحاج، واستدلوا بما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما من قوله لمن سأله عن اشتراط

1- راجع الزرقاني 182/8.

2- نفس المرجع، نهاية المحتاج 96/6.

3- الذخيرة 147/7، المغني 67/6.

4- الذخيرة 147/7.

5- المغني 67، نهاية المحتاج 95/6، الأم 124/4.

الزيادة في السلف : أرى أن تشق الصحيفة[1]. فجعل شق الصحيفة إبطالا للحق، إلا أنه إنما يكون رجوعا إذا ثبت أن الموصي هو الذي فعل ذلك، وإلا فلا يعتبر ذلك رجوعا، ولا ترد الوصية إذا بقي من الوثيقة ما يتضمن ثبوت الوصية[2].

4- كل فعل يوجب زوال اسم الموصى به، وتسميته باسم آخر، مثل طحن الحبوب، وعجن الطحين، وصناعة الخشب، والحديد نوافذ، وأبوابا ومقاعد، واتخاذ الذهب حليا، وذبح الحيوان ونحو ذلك، فإذا أوصى له بقمح فطحنه، أو بدقيق فعجنه، أو بخشب أو حديد، فاتخذه أبوابا، أو نوافذ، أو مقاعد وسكاكين، أو أوصى له بذهب، فاتخذه أساور، وقلائد، وخواتم ونحو ذلك، أو بشاة فذبحها فإن الوصية تبطل ويعد ذلك رجوعا، لأن الموصى به تغير شكله واسمه، فلا يتناوله لفظ الوصية[3]، واختلف إذا أوصى له ببناء فهدمه، فقيل ذلك رجوع، لزوال الاسم، لأن الدار بعد الهدم لا تسمى دارا، وقيل ليس برجوع، لأن الوصية بالبناء تتناول الأرض، فإذا بطلت في البناء بقيت في الأرض، فتكون الأنقاض للورثة، والأرض للموصى له، وقيل الأرض، والأنقاض معا للموصى له[4].

فإن كان الفعل لا يتغير معه الاسم فإنه لا يعد رجوعا، كما لو أوصى له بثمر فجذه، أو بصوف فجزه، أو زرع فحصده ولم يدرسه، أو درسه ولم يصفه، أو أوصى له بثوب فخاطه، أو فصله، لأن الموصي به بعد هذه الأفعال لم يزل عنه اسمه، فالثمر بعد جذه يسمى ثمرا، والصوف بعد جزه يسمى صوفا، والزرع بعد حصده مادام لم يصف يسمى زرعا، والثوب بعد خياطته وتفصيله يسمى ثوبا، بخلاف ما لو صفى الزرع فإنه يكون رجوعا، لأنه بعد التصفية يسمى قمحا، أو شعيرا، والصوف إذا غزله، والغزل إذا نسجه، فإن ذلك رجوع، لزوال الاسم، لأن الصوف بعد الغزل لا يسمى صوفا، والغزل بعد نسجه لا يسمى غزلا وهكذا[5].

1- انظر : ابن سلمون 163/2.

2- ابن سلمون 163/2.

3- انظر : الزرقاني 182/8-183، المغني 67/6.

4- الزرقاني 183/8، الذخيرة 147/7، الفتاوي الهندية 93/6، نهاية المحتاج 96/6.

5- راجع الزرقاني 180/8، الذخيرة 147/7، الفتاوي الهندية 93/6، نهاية المحتاج 96/6.

وألحق الحنفية، والحنابلة، والشافعية في المعتمد عندهم التغيرات الموجبة لزوال الاسم، والتي لم تصدر عن الموصي، كما لو أوصى له بثمر نخيله فصار رطبا، أو بالرطب فصار تمرا، أو العنب فصار زبيبا، أو بالبيض فصار فراخا، وخالف الحنفية هذه القاعدة في الوصية بالحمل، إذا صار كبشا، فاستحسنوا أنه ليس بالرجوع، وإن كان القياس يقتضي البطلان، فقدموا الاستحسان على القياس[1]، وعلى غراره إذا أوصى بعجل فصار ثورا، أو بمهر فصار حصانا، أو بفصيل فصار جملا، فإن ذلك لا يعد رجوعا استحسانا، ويعد رجوعا قياسا.

5- الزيادة في العين الموصى بها زيادة يتعذر تسليم الموصى به دونها، مثل لت السويق بالسمن، أو العسل، وصبغ الثوب أو السيارة، وتجصيص الدار وتزليجها، وإصلاح السفينة، وبناء الأرض، وغرسها شجرا، وتعليم الحيوان، وترويضه، ورفو الثوب وخياطته، وقد اختلف فيها على قولين[2] :

الأول أن ذلك رجوع، وهو قول الشافعية، والحنفية، وبعض المالكية.

والثاني أنه ليس برجوع وهو المعتمد في المذهب المالكي، واختلف أصحاب هذا القول لمن تكون الزيادة ؟.

فقيل للموصى له، ولا شيء للورثة فيها، وهو قول ابن القاسم وأشهب، وقال أصبغ الزيادة للورثة، وهم شركاء للموصى له بقيمة الزيادة قائمة، والموصى له شريك للورثة بقيمة الموصى به بدون تلك الزيادة.

حجة أصبغ أن الزيادة غير موص بها، فتكون باقية على ملك الموصي، يرثها ورثته عنه.

وحجة قول ابن القاسم وأشهب أن الزيادة لما كانت غير مستقلة عن الموصى به كان الظاهر أن الموصي قصد إلحاقها بالأصل الموصى به، فكان الجميع وصية. وهو

1- انظر : الفتاوي الهندية 93/6، المغني 68/6، نهاية المحتاج 96/6.

2- انظر : المواق 371/6، الزرقاني 182/8، المنتقى 152/6-153، الذخيرة 147/7، نهاية المحتاج 96/6، الفتاوي الهندية 93/6، الفتاوي الخانية 510/4.

مخالف لقاعدة أن الأموال لا تنقل بالشك، وقاعدة أن الشك في السبب يوجب بطلان المسبب، لأن إلحاق الزيادة بالوصية مشكوك فيه.

وأما القول بأن ذلك رجوع فوجهه أنه فعل يتعذر تسليم الموصى به دونه، فدل وقوعه على رجوع الموصي في وصيته.

واختار خليل قول أصبغ في البناء، وقول أشهب وابن القاسم في تجصيص الدار ولت السويق، وتعليم الحيوان وغير ذلك، وكأنه رأى أن البناء زيادة كبيرة، وغيره زيادة خفيفة، والشأن التساهل والتسامح في الأشياء الخفيفة، فتحمل على أن الموصي قصد إضافتها للوصية، بخلاف الأشياء الكبيرة، فالأصل عدم التسامح فيها، فتبقى على ملك الموصي[1].

وقسم بعضهم الزيادة في الموصى به إلى أربعة أقسام[2] :

1- زيادة لا تستقل بنفسها كترميم الدار وتجصيصها، وجعلها للموصى له ملحقة بالوصية، ومنها الزيادة اليسيرة.

2- زيادة مستقلة بنفسها، ومثل لها بالبناء والغرس، وجعلها للورثة يشاركون الموصى له في العين الموصى بها، كل بقيمة ماله، الورثة بقيمة الزيادة قائمة، والموصى له بقيمة العين الموصى بها دون تلك الزيادة، ولا حق للورثة في المطالبة بهدم البناء، وقلع الشجر، لبنائه بوجه شرعي ممن له تملك، وهو الموصي في حياته.

3- الزيادة بالبناء والهدم ولها ثلاث صور :

أ- أن يهدم البناء الموصى به ويعيد بناءه مع تغيير معالمه فقط، وجعل البناء الجديد للموصى له لا حق للورثة فيه أصلا .

ب- أن يعيد البناء على نمط آخر، لا يعده العرف تجديدا للأول، مثل هدم معمل، أو حانوت، أو دار وإقامة عمارة ذات طبقات مكانها، وجعل البناء الجديد في

1- انظر : خليلا بشرح الزرقاني 182/8، وحاشية كنون على الرهوني 253/8.
2- انظر : الفقه الإسلامي وأدلته 99/8-101، أحكام الوصايا والأوقاف د فراج ص 228 وما بعدها.

هذه شركة بين الموصى له والورثة، مثل الصورة الثانية، والورثة شركاء بقيمة البناء قائما، والموصى له بقيمة الأرض الموصى بها.

والحق بهذه الصورة ما إذا ضم أرضا جديدة غير موصى بها، إلى الأرض الموصى بها، وبنى فوق الجميع، فإن البناء يكون شركة بين الموصى له وبين الورثة، الموصى له بقيمة الأرض الموصى بها، والورثة بقيمة الأرض المضافة والبناء.

ج- إدماج البناء الموصى به مع بناء آخر، وتحويل الجميع إلى وحدة سكنية، أو صناعية واحدة لا يمكن تسليم العين الموصى بها منفردة، وجعل البناء الجديد مشتركا بين الورثة والموصى له، كل بقيمة ماله، فالموصى له شريك بقيمة البناء له به، والورثة بقيمة البناء المضاف.

وهو تقسيم أخذ بقول ابن القاسم وأشهب في مسألة الزيادة التي لا تستقل بنفسها، وفي صورة الهدم وإعادة البناء على وجه التجديد.

كما أخذ بقول أصبغ في غير ذلك، وبه أخذ القانون المصري.

ومن أنواع الزيادة خلط الموصى به بغيره وهو أقسام ثلاثة[1] :

1- خلط المعين بغيره على وجه لا يتميز منه، وهو رجوع مطلقا لتعذر تسليمه وحده، سواء خلط بما هو مثله، أو دونه، أو خير منه، كخلط الزيت بزيت، والدقيق بالدقيق.

2- خلطه بما يتميز منه، وهو ليس برجوع، لإمكان فرزه مما خلط به، وتسليمه وحده، كخلط الجوز باللوز، والفول بالعدس، والصوف بالحرير، ونحو ذلك.

3- خلط الموصى به غير المعين كما لو أوصى بقنطار قمح من صبرة، ثم خلطها بغيرها، وقد اختلف فيه، فقيل ليس برجوع مطلقا، خلطها بمثلها، أو بخير منها، أو دونها، لأن كان مشاعا وبقي مشاعا.

1- انظر : المغني 68/6، نهاية المحتاج 96/6، الزرقاني 139/8.

وقيل إن خلطه بخير منه كان رجوعا، لأنه لا يمكن تسليم الموصى به إلا بتسليم خير منه، ولا يجب على الوارث تسليم ما هو خير منه، فصار متعذر التسليم، فتبطل الوصية، لتعذر تسليمها، بخلاف ما إذا خلطه بمثله، أو دونه، فإنه لا يعد رجوعا، لإمكان تسليمه بتسليم مثله، أو ما دونه.

المبحث الثاني :
في مبطلات الوصية

كما تبطل الوصية بالرجوع عنها صراحة أو دلالة كما سبق، فإنها تبطل أيضا بأسباب أخرى غير الرجوع، بعضها يرجع إلى الموصي وبعضها إلى الموصى له، والبعض الآخر يرجع إلى الموصى به.

بالنسبة للأسباب الراجعة إلى الموصى هناك :

1- ارتداده بعد الوصية، وهو مختلف فيه، المشهور في مذهب مالك أنها تبطل، ولو عاد إلى الإسلام. وقال أشهب والشافعية لا تبطل إلا إذا مات على ردته، أما إذا عاد للإسلام فإنها تعود. وقال أصبغ : تعود برجوعه للإسلام إذا كانت مكتوبة، وإلا فلا[1].

حجة القول بالبطلان مطلقا قوله تعالى : ﴿**لئن أشركت ليحبطن عملك ولتكونن من الخاسرين**﴾[2].

وحجة القول بالبطلان بشرط موته على ردته قوله تعالى :﴿**ومن يرتدد منكم عن دينه فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم في الدنيا والآخرة، وأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون**﴾[3].

وقد سبقت مناقشة الاستدلال بالآيتين في شروط الموصي.

أما أصبغ الذي فرق بين الوصية الشفهية فأبطلها مطلقا، وبين المكتوبة فلا تبطل إذا عاد إلى الإسلام، فلعله رأى أن الوصية المكتوبة مستمرة باستمرار كتابتها، فإذا عاد إلى الإسلام ولم يرجع فيها فإن بقاء كتابها يعتبر إقرارا لها، بخلاف الوصية الشفهية

1- راجع الزرقاني وحواشيه 179/8.
2- من الآية 65، الزمر.
3- الآية 217، البقرة.

فإنها إذا بطلت بالردة، لا يبقى لها أثر مكتوب تعود بسببه إذا عاد للإسلام، وهو توجيه ضعيف.

2- زوال أهليته بطرو الجنون عليه بعد وصيته، على الخلاف السابق في شروط الموصي، فمذهب الجمهور عدم البطلان، لوقوعها صحيحة، ومذهب الحنفية بطلانها إذا كان الجنون مطبقا على خلاف بينهم في تفسير الجنون المطبق سبق تفصيله.

3- تخلف شرطه في الوصية المقيدة بقيد، في مثل قوله إن مت من مرضي هذا، أو سفري هذا فداري للفقراء، أو لفلان، ونحو ذلك من الوصايا المعلقة، فإنه إذا برئ الموصي من مرضه، أو عاد من سفره فإن الوصية تبطل، ولو مات بعد ذلك في مرض أو سفر جديدين، عملا بقاعدة الشرط يلزم من عدمه العدم، وحديث : "المسلمون على شروطهم"، وبهذا أخذ الحنفية والشافعية والحنابلة[1].

وفرق المالكية بين الوصية المكتوبة، وغير المكتوبة، وبين المكتوبة التي ترك كتابها عنده، وبين التي أخرج كتابها من يده ولم يسترده، أو استرده على النحو التالي[2] :

أ- إذا كانت الوصية غير مكتوبة فإنها تبطل اتفاقا في المذهب، إذا انتفى القيد الذي قيدت به، كما تصح اتفاقا إذا وجد، فإذا مات في مرضه ذلك أو سفره ذلك صحت، وإن برئ من مرضه أو عاد من سفره بطلت ولو مات بعد ذلك.

ب- وإن كانت مكتوبة ووضع الكتاب تحت يد غيره، ولم يسترده بعد برئه من مرضه، أو رجوعه من سفره، أو بعد انتفاء شرطه في المقيدة بغير المرض والسفر، فإن الوصية لا تبطل اتفاقا أيضا، لأن إبقاء الكتاب تحت يد من هو في يده، وعدم استرداده منه بعد انتفاء شرطه قرينة على استدامته لوصيته، وإقراره لها، فيعمل به خلافا للأئمة الثلاثة.

ج- وإن استرجعه بعد انتفاء شرطه ممن هو في يده بطلت اتفاقا في المذهب، ووفاقا للأئمة الثلاثة، لأن استرداد الكتاب قرينة دالة على رجوعه، ولذلك تبطل

1- المغني 28/6-29.

2- راجع المنتقى 148/6-149،الذخيرة 59/7، الزرقاني وبناني 181/8، الرهوني 250/8 وما بعدها، المدونة 284/4-285.

باسترجاعه قبل السفر، أو المرض، أو فيهما ولو مات في مرضه أو سفره اللذين علق عليهما وصيته، إذا كان موته بعد استرجاع كتاب الوصية.

واختلف إذا ترك الكتاب بيده بعد الإشهاد عليه، على أقوال ثلاثة : الصحة مطلقا، والبطلان مطلقا، والثالث التفصيل إن مات في مرض آخر، أو سفر آخر صحت، وإلا بطلت، وهو المشهور من قول مالك من رواية ابن القاسم وأشهب، وحجته القياس على ما إذا أبقاه عند غيره، وحجة القول بالبطلان القياس على ما إذا وضع الكتاب عند غيره واسترجعه[1]، لأن الكتاب موجود عنده في الحالتين. إلا أن هذا القياس يسهل رده بأن علة البطلان في المقيس عليه هي استرجاع الكتاب، فإنه يدل على رجوعه، لا مجرد وجود الكتاب عنده. وهذه العلة غير موجودة في المقيس، فلا يصح القياس.

4- استغراق ذمته بالتبعات، أو بالدين بعد الوصية عند القائلين ببطلان الوصية بالدين المستغرق، لأنه مقدم عليها بالإجماع والسنة، وأما القائلون بعدم البطلان فإنها عندهم صحيحة موقوفة على إجازة أصحاب الديون.

وبالنسبة للأسباب الراجعة للموصى له فإن هناك ستة أسباب :

1- رده للوصية بعد وفاة الموصي، إذا كان الموصى له معينا رشيدا، بخلاف غير المعين، وغير الرشيد، فلا يعتبر ردهم، كما لا يعتبر رد المعين الرشيد قبل موت الموصي، كما سبق.

2- وفاة الموصى له قبل موت الموصي أو معه عند الجمهور، خلافا للحسن البصري. بخلاف موته بعد موت الموصى، وقبل القبول فإنه لا تبطل به الوصية عند الجمهور، والحق لورثته في القبول والرد، خلافا لأبي بكر الأبهري القائل بالبطلان، وللحنفية القائلين بلزوم الوصية، وقد سبق هذا. ونسب بعضهم القول بالبطلان للجمهور وهو لا يصح[2].

3- قتل الموصى له للموصي على التفصيل والخلاف السابقين في شروط الموصى له.

1- انظر المنتقى 149/6.

2- انظر : الفقه الإسلامي وأدلته 116/8، الرهوني 236/8، المغني 23/6-24، الذخيرة 55/7، نهاية المحتاج 66/6.

4- كونه وارثا على الخلاف السابق أيضا، ومشهور مذهب المالكية البطلان إلا أن يجيزها الورثة. ولا يصح ما نسبه بعضهم لهم من القول بالبطلان ولو أجازها الورثة[1].

5- ردة الموصى له على خلاف في ذلك بين المالكية وغيرهم، فقال بعضهم ببطلانها بردته، قياسا على ردة الموصي عند القائلين ببطلانها بردته، واختار بعض آخر عدم البطلان، محتجا بأن الوصية ليست من فعل الموصى له، ولا من عمله، فلا يشملها دليل البطلان : ﴿**لئن أشركت ليحبطن عملك**﴾ وفصل بعضهم بين من علم الموصي بردته، ومن لم يعلم بردته، فإن علم بردته ولم يرجع في وصيته فإنها لا تبطل، لإقراره لها بعد علمه. وإن لم يعلم بردته حتى مات الموصي بطلت وصيته له، لأنه لم تطب نفسه بالوصية له إلا بوصفه مسلما، ولو علم بردته لرد وصيته[2].

وبالنسبة للأسباب الراجعة للموصى به فإن هناك :

1- استحقاق الموصى به المعين قبل موت الموصي أو بعده.

2- هلاك الموصى به المعين.

1- انظر : الفقه الإسلامي وأدلته 117/8، الرهوني 241/18، الزرقاني وبناني 179/8.

2- الزرقاني وبناني 179/8، حاشية كنون على الرهوني 240/8.

الفصل السابع :
في تنفيذ الوصية والأموال التي تخرج منها الوصية.

نخصص هذا الفصل لتنفيذ الوصية. ونتحدث فيه عن حكمه ووقته، ومكانه، ومن يتولاه، والأموال التي تخرج منها الوصية، ونخصص لذلك مبحثين.

الأول في تنفيذها، والثاني في بيان الأموال التي تدخل فيها الوصية، والتي لا تدخل فيها.

المبحث الأول :

فـــي تنـــفيـــذها

ونقسمه إلى أربعة مطالب :

المطلب الأول :

في حكم تنفيذ الوصية.

يعتبر تنفيذ الوصية الهدف الأساسي منها بالنسبة للموصي، والموصى له، به تتحقق رغبة الموصي في إيصال الوصية لأهلها، كما تتحقق به رغبة الموصى له في توصله بوصيته.

ويختلف حكم تنفيذ الوصية باختلاف أنواع الوصية، وموضوعها. وقد قسمها ابن رشد إلى خمسة أقسام[1].

أحدها ما يجب تنفيذه وهو ثلاثة أنواع :

1- ما فيه قربة، وفي تركه حرج، كالزكاة والكفارات وجزاء الصيد والهدي.

2- ما فيه مثوبة بلا حرج في تركه مثل الصدقة.

3- ما يختلف في كونه قربة.

الثاني ما يحرم تنفيذه وهي الوصية بالمحرمات.

الثالث ما هو مختلف في وجوب تنفيذه وهو نوعان :

1- ما يختلف في كونه قربة، كالوصية بالحج والأضحية عن الميت، فإنه يجب تنفيذها عند من يرى ذلك قربة، ولا يجب عند من لا يرى ذلك قربة.

---

[1]- انظر : الذخيرة 156/7، بناني 176/8.

الوصية بما لا قربة فيه، كالوصية ببيع ملك، أو كرائه.

الرابع : مالا يلزم تنفيذه وهو نوعان.

- الوصية للوارث، والوصية بما زاد على الثلث.

القسم الخامس ما لا ينبغي تنفيذه. وهو الوصية بالمكروه، مثل الوصية بلهو مباح في عرس.

المطلب الثاني :

في وقت تنفيذها.

الوصية بحكم أنها تبرع بعد الموت فإنها لا تنفذ إلا بعد وفاة الموصي، ولا تنفذ في حياته وحال مرضه، لاحتمال رجوعه عنها، أو حدوث نقصان في المال، أو طرو آفة عليه. ولأنها لا يستحقها الموصى له إلا بموت الموصي إجماعا[1].

فإن تسرع الوصي ونفذها قبل وفاة الموصي ضمن ما فرقه في حياة الموصي، ويفرقها بعد وفاته بأمر الحاكم، ولا يستقل بتفريقها، وإلا غرمها أيضا. ولا يكفي إذن الورثة وأمرهم بتنفيذها، إلا أن يكونوا كبارا[2].

1- البداية 330/2.

2- الفتاوي الهندية 135/6.

وإذا نفذها الموصي بنفسه قبل وفاته بطلت الوصية، ولا تنفذ ثانية بعد موته، وبه وقعت الفتى فيمن أوصى أن يحج عنه حجة الفريضة، ثم حج في حياته ولم يغير وصيته[1].

وإذا عين الموصي وقتا لتنفيذ وصيته لزم الوقوف عند وصيته. كما لو أوصى أن يحج عنه بعد عامين، أو أوصى بسكنى داره بعد عام من موته، ونحو ذلك.

واختلف إذا لم بعين وقتا هل يجب تنفيذها فورا أولا ؟ فقال القرافي في الذخيرة : يجب تنفيذها فورا، ولا يجوز التراخي[2]. بناء على أن الأمر للفور، وقال ابن زرب لا يتعجل بتنفيذها حتى يتبين هل عليه دين، أو تباعة، أو له شريك في ماله ؟ وحتى يعذر للورثة، أو يقروا بها على أنفسهم[3].

ويدل له ما روي عن ابن الزبير رضي الله عنهما، أنه أوقف وصية أبيه أربع سنوات، وهو يتقصى ما عليه من الديون قبل تنفيذها[4].

فإن عجل بتنفيذ الوصية قبل الإعذار للورثة، وقبل التقصي عن الديون ضمن ما يترتب على تعجيله من ضياع حق الورثة، أو أرباب الديون[5].

كما أنه إذا ماطل وسوف في تنفيذها أكثر مما يجب، ومن غير عذر فإنه يأثم بذلك[6]، لما فيه من ظلم الموصى له بتأخير حقه، وحبسه عنه بغير عذر. وقد قال صلى الله عليه وسلم: مطل الغني ظلم[7]. ولا يقبل منه دعوى تنفيذها بعد ذلك إلا ببينة على الدفع، أو براءة من القاضي لتعلقها بذمته[8].

1- المعيار 378/9-389.

2- الذخيرة 142/7.

3- المعيار 385/9.

4- القسطلاني 213/5. البخاري بشرح الفتح 228/6.

5- المعيار 385/9.

6- نفس المرجع 508/9.

7- سبق تخريجه.

8- المعيار 508/9.

وإذا ما ترتب عن تأخيره ضياع الموصى به لزمه غرمه، لتعديه بحبسه عن أهله، بعد إمكان تنفيذه، قياسا على ضياع الزكاة بعد التمكن من أدائها. وعلى منع الشريك شريكه من نصيبه بعد طلبه حتى ضاع، وعلى امتناع المودع من رد الوديعة بعد طلبها حتى ضاعت. وعلى حبس الوصي مال اليتيم بعد رشده حتى هلك المال.

وفي حالة غيبة الموصى له المستحق للوصية، فإن الموصى به يبقى تحت يد المكلف بتنفيذ الوصية، وكذلك قبل قبولها.

وللشافعية قولان فيمن توضع الوصية عنده قبل قبول الموصى له، الأول أنها توضع تحت يد الوصي، حتى يحضر الموصى له من غيبته، فإن قبلها سلمت له، وإن ردها دفعت للورثة.

والقول الثاني أن الورثة الامتناع من وضعها تحت يد الوصي، وتوضع تحت يد الحاكم، إلى أن يستقر أمرها[1].

فإن حضر بعض الموصى لهم، وأثبت الوصية، وطلب حصته، فإنها تعطى له. ولا يمنع من حقه حتى يحضر الغائب. فإن سلم المال فذاك، وإلا شارك الذي لم يأخذ الذي أخذ بقدر حقه، ولا يكون أخذه السابق قسمة[2].

وقال المالكية لا يصح للحاضر أخذ نصيبه في الوصية المشتركة قبل قدوم شريكه الغائب، ولا يجوز للوصي تسليمه ذلك، لأن القسمة على الغائب من اختصاص الحاكم، ولا يجوز لغيره أن يقسم عليه[3].

واختلف إذا كان في الورثة حمل ينتظر زيادته : فقال أشهب تنفذ الوصايا، لأن الأصل عدم الهلاك، وقال مالك تؤخر الوصايا حتى يتبين الأمر، ليلا تؤخذ الوصايا، ويوقف الثلثان فربما هلك فيرجع الورثة على الموصى له بثلثي ما أخذه، وقد يفوت ما في يده أو يعدم، واتفق الجميع على تعجيل الوصية لصاحبها إذا كانت بدراهم، أو دنانير

---

[1]- نهاية المحتاج 98/6.

[2]- الفتاوي الهندية 131/6.

[3]- راجع البهجة 125/2.

مرسلة، لأن الوصية بالعدد واجبة الإخراج كالدين كما قال القرافي[1]. إلا أن الخلاف موجود في الدين أيضا، فقيل يعجل قبل الوضع وهو المشهور، وقيل يؤخر حتى يوضع الحمل، ويعين له وصي، ويعذر إلى الوصي في ثبوت الدين[2]. والقياس جريان ذلك في الوصية أيضا، فلا يصح دعوى الاتفاق على تعجيلها إذا كانت بدراهم. لكن إذا لم يصح الاتفاق فإن الراجح هو تعجيلها، كما يعجل الدين على الراجح أيضا، وسبق الخلاف بين أشهب وابن القاسم في تعجيل الوصية بالدراهم المرسلة، إذا لم يكن في التركة دراهم، فقال أشهب يعجل بيع العروض، لإخراج الوصية إلا أن يكون في التعجيل ضرر على الورثة، فيؤخر ذلك اليوم واليومين. وقال ابن القاسم لا يعجل البيع، وينتظر حتى تباع العروض[3].

المطلب الثالث :

في مكان تنفيذها

يختلف مكان تنفيذ الوصية باختلاف الموصى به، والموصى له، فبالنسبة للموصى به المعين المنقول يتم تنفيذ الوصية به في مكان الوصية، إذا كان الموصى به حاضرا. وإن كان غائبا فعلى الموصى له نقله، وإحضاره، لأنه ملكه وماله، ولا يجب على الورثة إحضاره، أو الإنفاق عليه لإحضاره. لأن الوصية وقعت بعينه فقط[4].

وبالنسبة للموصى به غير المعين كدراهم، أو طعام، أو ثياب فإنها تسلم للموصى له المعين في مكانها. واختلف إذا كانت الوصية لغير معينين، كالفقراء، والمساكين، والمرضى، فقال المالكية يجوز نقلها من بلد الوصية إلى غيره لمسافة القصر، كالزكاة. إلا أنه ينبغي البدء في القسم بالجيران، ثم الذين يلونهم ممن يستحقونها، ويشملهم لفظها،

1- انظر الذخيرة 143/7.

2- المغني 442/10.

3- المنتقي 165/6.

4- الذخيرة 142/7، المعيار 531/9-532.

ولا يتعين توزيعها ببلد الوصية في حالة الإطلاق[1]. وفي حالة نقلها فإن نفقة الحمل وأجرته تكون من الوصية، ولا تكون من التركة[2].

وقال الشافعية يجوز نقلها إلى بلد غير بلد الوصية، إلا أن يخص الموصي أهل بلد فيتعين صرفها إليهم[3]. مثل الوصية لفقراء مكة، ومساكين المدينة، وطلبة الأزهر، أو القرويين.

ووجه ذلك ظاهر، لأنه إذا أطلق يكون اللفظ عاما، والعام في الأشخاص يستلزم العموم في الأمكنة. وفي حالة التقييد يكون عين المكان مشترطا، والمسلمون على شروطهم[4]. وأيضا يكون الكلام خاصا ومقيدا بأهل ذلك المكان، والخاص يجب إبقاؤه على خصوصه، كما يجب إبقاء المقيد على قيده[5]. والعمل بهما كذلك، وقال بعض الحنفية : المعتبر مكان المال كالزكاة، ويكره نقلها من بلد لبلد. وإذا عين الموصي أهل بلد جاز دفعها لغيرهم، فإذا أوصى لفقراء مكة جاز دفعها لفقراء المدينة. وإذا أوصى لفقراء العراق جاز دفعها لفقراء مصر، وهكذا[6].

ولعل هذا مبني على أصلهم في عدم الاحتجاج بمفهوم المخالفة، خاصة وأن هذا مفهوم اللقب، فإذا قال فقراء مكة لم يكن للفظ مكة مفهوم مخالف عندهم.

1- المعيار 478/9.

2- نفس المرجع 532/9.

3- نهاية المحتاج 78/6-106، الأم 92/4.

4- حديث سبق تخريجه.

5- البحر المحيط للزركشي 8/5.

6- انظر : الفتاوي الهندية 190/6-134، الفتاوي الخانية 442/6-443-438.

المطلب الرابع :

فيمن له الحق في تنفيذها.

الحق في تنفيذ الوصية للوصي المعين من طرف الميت، وإلا فالحاكم أو الوارث[1]، وأجاز الشافعية للموصى له أخذ وصيته بنفسه من التركة، إذا كانت معينة، كما أجازوا للأجنبي أخذها لتسليمها لربها المعين، من غير إذن الورثة، أو الوصي[2]. بناء على قاعدتين مختلف فيهما، الأولى أن من قدر على شيئه فله أخذه، التي تعطي الحق لصاحب الحق في استيفاء حقه بنفسه من غير رفع للمحكمة.

والقاعدة الثانية أن كل فعل لو رفع إلى الحاكم لفعله يعتبر فعلا نافذا صحيحا، ممن فعله لوقوعه الموقع.

وللموصي الحق في تعيين من شاء لتنفيذ وصيته، وتوزيعها على مستحقيها، وإيصالها لهم. ولو كان المعين فاسقا أو سارقا، أو وارثا، أو امرأة أو صغيرا، أو سفيها، لأنه وصي على التوزيع فقط، لا على التصرف. ولأنه نائب عن الميت، وهو قد رضي به، وائتمنه على ما هو عليه[3]. ولا اعتراض لأحد من الورثة، أو الموصى لهم، ولا للحاكم على تعيينه، ولا حق لهم في عزله : كما أنه لا حق لهم في إشراك غيره معه في عمله[4].

وقال الشافعية : لا تصح الوصية لفاسق. ويعزل، وإذا فرق الوصية لزمه غرمها، وله الرجوع على من دفعها له، إلا أن تكون قائمة بعينها لم تفت فإن الحاكم يستردها بنفسه، ويسقط عنه من الغرم بقدر ما يسترد[5].

1- انظر : المعيار 386/9، نهاية المحتاج 98/6.

2- نهاية المحتاج 98/6.

3- انظر الذخيرة 160/7، ابن سلمون 166/2.

4- انظر : المعيار 385/9، المواق 387/6.

5- نهاية المحتاج 107/6.

ويجوز عند المالكية للميت أن يشترط على الوصي مشاورة شخص آخر من وارث، أو غيره يعينه الميت، كما يجوز له اشتراط استقلاله بتنفيذ الوصية، دون مشاورة قاض، ولا تعقب حاكم[1].

وفي هذه الحالة لا يجوز للقاضي مراقبة أمره، أو النظر فيه، واختلف في الورثة فقيل لهم الحق في مراقبته، ليلا يأخذها لنفسه، إذا كان وارثا فتكون وصية لوارث، وقال أشهب ليس لهم ذلك، إلا في الوصية بالعتق خاصة لحقهم في الولاء[2]. وقال الشافعية : للحاكم التدخل بمحاسبته، ومنعه من إعطاء من لا يستحق[3]، وفي حالة اشتراط المشاورة يجب عليه مشاورة من عينه الموصي لمشاورته، إلا أنه إذا لم يشاوره فإن ذلك لا يضر، إذا ثبت تنفيذ الوصية على الصواب[4]. بناء على أن المشرف أو المشاور غير وصي، ولا حق له في رد تصرفات الوصي.

وفي جميع الحالات يجب على الوصي المحافظة على حقوق الموصى لهم ولا يحل له التساهل فيها مع الورثة، وإذا اتهمه القاضي بالتقصير في ذلك أشرك معه غيره في تحصيل الوصية، وتحصينها فقط، ثم يكل إليه الأمر في توزيعها، دون تدخل من حاكم أو وارث[5].

واختلف في تصديقه في صرفها، وتفريقها في وجوهها على أقوال[6].

الأول أنه مصدق في ذلك، ولا يحاسب، ولا يكلف إقامة بينة على ذلك، وحجته أنه أمين، ولا ضمان على مؤتمن، والثاني أنه لا يصدق، ويلزمه إقامة بينة على صرفها في مصارفها. وحجته ما غلب على الناس من الخيانة، فلا يصدق لانتفاء الأمانة عن غالب الناس.

والقول الثالث الفرق بين المأمون فيصدق بيمين، وغيره فلا يصدق إلا ببينة.

1- انظر : التبصرة 268/1، المواق 387/6.

2- انظر : الذخيرة 160/7، ابن سلمون 165/2-166، المعيار 456/9.

3- نهاية المحتاج 98/6.

4- المعيار 404/9.

5- نفس المرجع 407/9.

6- انظر : المعيار 246/9-251-384-385، ابن سلمون 166/2.

والرابع أنه يصدق فيما طال زمنه، ولا يصدق فيما قرب، إلا ببينة.

والمعمول به القول الثاني أنه لا يصدق إلا ببينة.

واتفق الجميع على أنه إذا كانت الوصية لمعين فإنه لا يصدق في دفعها له إلا ببينة، واختلف في المحجور إذا أوصى وعين من ينفذ وصيته غير حاجره[1].

فقيل الأحق بتنفيذ وصيته هو وصي أبيه الذي يحجره، دون وصيه، لأنه محجور. ممنوع من التصرف في حياته، فلا يوكل من يتصرف فيه بعد وفاته. ولأنه محجور لوصيه لا حق له في عزله، وقيل الأحق بتنفيذ وصيته هو وصيه الذي عينه، دون وصي أبيه. لانعزاله بموت المحجور، وهو قول الشافعية وبعض المالكية.

وإذا أوصى المحجور ولم يعين من ينفذ وصيته فإن وصي أبيه هو الذي ينفذها، لا ورثته[2].

المطلب الخامس :

في كيفية تنفيذها

الأصل في تنفيذ الوصايا والقاعدة العامة في ذلك هو اتباع نص الوصية، والعمل على تنفيذ ما فيها، دون تعديل، أو تغيير في جنسها، أو قدرها، أو مصرفها. وقوفا مع لفظ الموصي، وأخذا بقوله تعالى : "فمن بدله بعدما سمعه فإنما إثمه على الذين يبدلونه"[3]، وقوله عليه الصلاة والسلام : "المسلمون على شروطهم"[4]، وقد خالف المالكية هذه القاعدة فيما يعرف عندهم بمسائل خلع الثلث، حين خيروا الورثة بين تنفيذ الوصية كما هي، أو إعطاء الموصى له ثلث الميت، وقد سبق الحديث عنها في مطلب

1- انظر : الذخيرة 11/7، المنتقى 154/6، المعيار 386/9، نهاية المحتاج 103/6.

2- المعيار 386/9.

3- من الآية 281 البقرة.

4- سبق تخريجه.

الموصى به، كما خالفها الحنفية في فروع كثيرة أجازوا للوصي مخالفة نص الوصية. من ذلك [1]:

1- أجازوا له في الوصية على فقراء بلد بعينه، أن يصرفها لفقراء بلد غير الذي سماه الموصي على خلاف بينهم، كالوصية لفقراء مكة، أو للفقراء الحجاج.

2- وفي الوصية بالصدقة بمعين على الفقراء أجازوا الصدقة بعين المعين، أو بيعه والصدقة بثمنه، أو إمساكه والتصدق بقيمته، على خلاف بينهم أيضا، مثل تصدقوا بهذه البقرة أو هذا الثوب.

3- وفي الوصية بالتصدق في عشرة أيام أجازوا التصدق بالجميع في يوم واحد، وإذا أوصى بالتصدق على عشرة مساكين فتصدق بالمبلغ كله على مسكين، والعكس.

4- وفي الوصية بالصدقة بألف درهم أجازوا التصدق بالحنطة، وإذا كانت بالحنطة أجازوا التصدق بالدراهم بدلها.

1- انظر : الفتاوي الهندية 134/6، الفتاوي الخانية 442/6.

المبحث الثاني :

فيما تدخل فيه الوصية وما لا تدخل فيه من تركة الميت.

اختلف الفقهاء فيما تدخل فيه الوصايا وتنفذ منه، وما لا تدخل فيه من تركة الميت على أقوال[1].

الأول أنها تدخل في الأموال المملوكة للموصي وقت الوصية، ولا تدخل فيما ملكه بعد الوصية. إلا أن ينص على ذلك في وصيته، كأن يقول يخرج من تركتي أو من كل ما أخلفه، وهذا مذهب الظاهرية وأحد قولي الشافعية، ونسبه ابن حجر لمالك، وهو خلاف مذهبه المنصوص عليه في المدونة وغيرها[2].

القول الثاني أنها تدخل في كل مال مملوك للموصي وقت موته، علم به، أو لم يعلم. وهو مذهب الحنفية والحنابلة، وأحد قولي الشافعية.

القول الثالث أنها لا تدخل إلا فيما علم به الموصي عند موته، سواء ملكه قبل الوصية، أو بعدها، ولا تدخل فيما لم يعلم به قبل موته، من إرث ورثه، أو وصية وصي له بها، ولم يعلم بها، أو ردها في حياة الموصي، وأجازها ورثته بعد موته المتأخر عن موت من أوصى له، ونحو ذلك. وهو مذهب المالكية، واستثنى بعض المالكية الوصية بالزكاة، والكفارات، والهدي إذا ضاق ثلث المعلوم فإنها تنفذ من المجهول، لسببين :

1- أن قصد الموصي تنفيذ ذلك، وإبراء نفسه وذمته منه.

2- مراعاة لقول من يقول إنها تخرج من رأس المال.

وسبب هذا الخلاف أمور ثلاثة[3] :

1- الفتح 369/5، المحلي 321/9، المغني 134/6، البداية 389/2، القوانين الفقهية 349.

2- المدونة 297/4، الزرقاني 197/8، الذخيرة 95/7، البهجة 287/2.

3- انظر البداية 338/2.

الأول اختلاف الأصوليين في دلالة الإضافة على العموم أو العهد، في قول الموصي : لفلان ثلث مالي ونحوه.

والثاني اختلاف الأصوليين أيضا في دخول الصورة غير المقصودة في عموم العام، وتناول اللفظ لها، وعدم دخولها[1].

فمن رأى أن الإضافة للعهد، وليست للعموم قال المعهود هو المال الموجود وقت الوصية، فتختص به، ولا تدخل فيما ملكها بعدها إلا بنص صريح، وهم أصحاب القول الأول.

ومن رأى أن الإضافة للعموم، وأن العام يتناول بلفظه المقصود وغيره قال : بدخولها في كل مملوك، علمه أو لم يعلمه، ملكه قبل الوصية أو بعدها لدخول الجميع في لفظ ماله. وهم أصحاب القول الثاني.

ومن رأى أن الإضافة للعموم، وأن العام لا يتناول غير المقصود للمتكلم، قال لا تدخل الوصايا في المجهول، لأنه غير معلوم للموصي، ولا مقصود له، فلا يتناوله لفظه.

السبب الثالث اختلاف الأدلة وتعارضها.

أما القائلون بقصرها على الأموال الموجودة وقت الوصية فاستدلوا بقياس الوصية على النذر. فإن من نذر ثلث ماله لم يلزمه إلا ثلث ما كان موجودا ساعة النذر، ولا شيء عليه فيما ملكه بعده، كما استدلوا بأن المعتبر في العقود وقت انعقادها[2].

وهما دليلان ردهما الجمهور، أما القياس على النذر فردوه بأنه قياس مع وجود الفارق، لأن الوصية يصح الرجوع فيها، والنذر لازم لا يصح الرجوع فيه، وأما القول بأن الوصية عقد، والعقود تعتبر بأولها، فردوه بأن الوصية ليست عقدا من كل جهة، ولذلك لا يعتبر فيها الفور، ولا القبول[3].

وأما القائلون بدخولها في المعلوم والمجهول فاستدلوا بأدلة :

1- راجع المحلى 213/1-220، البحر المحيط 75/4.

2- الفتح 369/5.

3- نفس المرجع.

1- أن الوصـية ذكرت في القرآن مع الإرث والدين، في قوله تعالى : ﴿**من بعد وصـية يوصـي بهـا أو ديـن**﴾[1]. والإرث والدين يدخلان في المعلوم والمجهول، فكذلك الوصـية[2]. إلا أن هذا استدلال ضعيف، مبني على حجية دلالة الاقتران، والصحيح عند الأصوليين عدم حجيتها.

2- الإجمـاع علـى اغـتفار الجهالـة في الوصية، وأنه لا يشترط العلم بتفاصيل المال عند الوصية، بدليل صحة الوصية فيما يحدث بعدها، وصحة وصية الجاهل بتفاصيل ماله، ولو كان العلم بالمال شرطا في دخول الوصية فيه لما دخلت في الطارئ بعد الوصية، لعدم العلم به. ولما دخلت في مال الجاهل بتفاصيل ماله، لعدم العلم به.

وهـو احـتجاج رده المالكـية أيضا بأنه لا يلزم من اغتفار الجهل بتفاصيل المعلوم أصله، اغتفارها في المجهول المطلق، لوجود القصد في الأول، دون الثاني[3].

كمـا ردوه بحديـث : لا يحـل مـال امـرئ مسـلم إلا عن طيب نفس منه[4]. فإنه يقتضـي اشتراط الرضا، وطيب النفس في انتقال الأملاك من شخص لشخص، وهو عام في الوصـايا وغيرهـا. والمجهـول الـذي لا عـلم للموصـي بملكـه لم تطب نفسه به، لأن طيب الـنفس يقتضـي العـلم بـه، وقصـد الوصـية فـيه، وكلاهما غير موجود، وأيضا المجهول مملوك للموصي، غير متيقن من الوصية به، والأصل الاستصحاب، وبقاء ما كان على مـا كـان، والوصـايا لا تثبـت بالشك، والأملاك لا تنتقل إلا بيقين، وهذا كله يقتضي عدم دخول الوصية في المجهول الذي لا علم للموصي بملكه عند موته.

وممـا يـتفرع عـن هـذا الخـلاف الاختلاف في دخول الوصية في دية الموصي إذا قـتل، وفي إقـراره الـباطل، وتبرعاته الباطلة. ووصاياه المردودة، وأمواله الغائبة، والديون الـتي يـنكل أصـحابها عن اليمين، وثمن ما استحق. واختلاف الموصى له والورثة في علم الموصي بالمال وجهله به، وإخفاء الورثة بعض التركة. نخصص لكل منها فرعا.

1- انظر المحلى 321/9.

2- انظر : الفتح 369/5، المغني 134/6، البداية 338/2، القوانين الفقهية 349.

3- انظر الذخيرة 96/7.

4- سبق تخريجه.

الفرع الأول في الدية :

إذا قتل الموصي وأخذ ورثته ديته، وقد اختلف فيها على أقوال[1].

الأول دخولها في دية العمد والخطأ، وهو إحدى الروايتين عن أحمد.

والثاني عدم دخولها في الديتين معا، وهو مذهب الظاهرية.

والقول الثالث دخولها في دية الخطأ دون دية العمد.

ومذهب المالكية التفصيل بين دية الخطأ، ودية العمد، وبين الوصية المتقدمة على سبب القتل، والمتأخرة عنه، وبين كون القاتل هو الموصى له، أو غيره على النحو التالي[2].

أولا، فإن كان القاتل أجنبيا فدية الخطأ تدخل فيها الوصايا المتأخرة عن سبب القتل، ويشارك الموصى له الورثة فيها بنسبة وصيته إذا كانت بجزء شائع. كما تضم دية الموصي إلى بقية أمواله ليعرف هل الموصى به لم يجاوز الثلث، أو جاوزه إذا كانت الوصية بمعين ؟.

وهذا بخلاف الوصية السابقة على قتل الخطأ فإنها لا تدخل في ديته إلا بشروط : أن يعيش بعد الجناية عليه مدة يمكنه فيها تغيير وصيته وهو تام العقل، ولم يغيرها.

أما إن مات في الحال، ولم يعش بعد الحادثة، أو عاش بعدها مدة لا يمكنه فيها تغيير وصيته، أو كان فاقد الوعي طيلة المدة التي عاشها بعد الحادثة، فإن الوصية لا تدخل في ديته.

والفرق بين الوصية المتقدمة والمتأخرة أن المتأخرة وقعت بعد سبب الدية. فتكون الدية مالا معلوما له تدخل فيه الوصية كسائر الأموال المعلومة له، بخلاف الوصية المتقدمة. فإن الموصي لا علم له باستحقاقه الدية. ومثله من يموت قبل تمكنه من تغيير وصيته.

1- المحلى 321/9، المغني 133/6-334.

2- انظر : المدونة 500/4-501، الزرقاني 27/8.

ولهـذا إذا عـاش بعـد الحادثـة مـدة يمكنه تغيير وصيته، ولم يغيرها، فإن الوصية تدخـل في ديـته، لعـلمه بوجـوب الدية، وعدم تغيير الوصية، مع قدرته على ذلك، ويعد ذلك إقرارا لوصيته كما هي..

أمـا ديـة العمـد فإن الوصية لا تدخل فيها، تقدمت أو تأخرت، ولو عاش بعد الجناية، ووجه ذلك بتوجيهين :

الأول أنهـا مـال لم يعـلم بـه، والثاني ليست بمال للميت، وإنما هي مال للورثة، واسـتثنوا من ذلك حالة واحدة، وهي إذا انفذت مقاتله، وقبل ورثته الدية، وعلم بذلك، ولم يغير وصيته، فإن الوصية تدخل في ديته حينئذ، لأنها مال معلوم له.

أمـا إذا لم يقـبل ورثـته الدية إلا بعد موته، أو قبلوها في حياته ولم يعلم بذلك، فـإن الوصية لا تدخل في ديته، ولو أوصى بدخولها فيها إن قبلها أولياؤه، أو قال يخرج ثلثي مما علمت، وما لم أعلم.

واخـتلف إذا عفا على الدية أو أوصى بالعفو على الدية، فقيل بدخول الوصية فـيها، وقـيل بعـدم دخولها فيها. والقولان مبنيان على الخلاف في الواجب في قتل العمد هـل القصـاص، أو الخـيار بين القصاص وإلزام الجاني الدية ؟ فمن رأى أن الواجب هو القصـاص، قال : بعدم دخولها، لأن المقتول غير متيقن من قبول القاتل للدية، فهي مال غير معلوم له.

ومـن رأى أن الواجـب هـو الخـيار بـين القصاص والدية، وأن القاتل يلزمه دفع الديـة إذا طلـبها الأولـياء، لوجـوب إحياء نفسه. قال بدخول الوصية في الدية حينئذ، لأنها مال معلوم للموصي.

ثانيا وإن كان القاتل هو الموصى له ففي العمد تبطل وصيته المتقدمة، ولا شيء له في مال ولا دية، كالإرث، بخلاف المتأخرة فلا تبطل، ولا تدخل في الدية، إلا أن تنفذ مقاتله ويقبل وارثه الدية، ويعلم بها فتدخل فيها لأنها مال معلوم له.

وإن كان القتل خطأ.

فـإن لم يعـلم بأنه هو الجاني عليه وأوصى له وهو يظن أن الجاني غيره، أو كانت الوصية قبل الجناية فإن الوصية لا تدخل في الدية[1].

وسـبب الخـلاف في دخول الوصايا في الدية وعدمه يرجع إلى الخلاف السابق في دخول الوصايا في المجهول وعدم دخولها فيه[2].

وإلـى سـبب آخـر هـو اخـتلاف الفقهـاء في الديـة لمن هي ؟ هل للمقتول، أو للورثـة ؟ فمـن رأى أنهـا للورثة قال لا تدخل فيها الوصايا. ومن رأى أنها للميت قال بدخولهـا، ومن فرق بين دية العمد والخطأ رأى أن الواجب في الخطأ هو الدية، والواجب في العمد هو القصاص.

الفرع الثاني في الإقرارات الباطلة. ويدخل في ذلك[3] :

- إقرار السفيه في الصحة أو المرض.
- الإقرار الذي كذبه فيه المقر له بعد موته.
- إقراره لمن يهتم عليه كصديق ملاطف.
- إقراره لوارثه في مرضه إذا لم يجزه الورثة بعد موته.
- إقـراره في مرضـه بأنـه كان أعطى في صحته داره أو أرضه مثلا لولده، أو غـيره ممن لا تجوز العطية له، إذا رده الورثة بعد موته، إلا أن يقول: أنفذوه فيكون ذلك وصية.

فهـذه الإقرارات إذا بطلت يعود المقر به لتركة الميت، واختلف في دخول الوصايا فيه، وعدم دخولها على ثلاثة أقوال.

الأول وهـو المعروف في المذهب أنها لا تدخل فيه، وحجته أن الموصي مات وهو جازم بأن ما أقر به ملك لغيره، فرجوعه إليه بعد موته يجعله كمال لم يعلم به، فلا تدخل فيه الوصايا، ويختص به الورثة والقول الثاني دخولها فيه مطلقا.

1- انظر : مختصر خليل بشرح الزرقاني وحواشيه 27/8، الخرشي وحواشيه 230/5، الذخيرة 91/7.

2- انظر الذخيرة 91/7.

3- انظر : المعيار 519/9، المنتقي 182/6، العدوي على الخرشي 453/5-454، الرهوني 183/8، المواق 387/6.

والثالث الفرق بين العالم بالحكم، والجاهل به، فإن كان عالما دخلت الوصايا في إقراره الباطل، لأنه مات وهو يعلم أن إقراره باطل، وأن المقر به لم يخرج عن ملكه، بخلاف الجاهل بالحكم، فإن الوصايا لا تدخل في إقراره الباطل، لأنه مات وهو جازم بخروجه عن ملكه.

الفرع الثالث في الوصايا المردودة والباطلة ويشمل ذلك[1] :

- الوصية بما لا يجوز شرعا.

- الوصية لوارث إذا ردها بقية الورثة بعد موته – ومثلها الوصية بأكثر من الثلث إذا رد الورثة الزائد على الثلث بعد موته – الوصية لابن فلان إذا لم يولد لفلان حتى مات، الوصية التي مات فيها الموصى له بالنفقة.

- الوصية لأجنبي إذا ردها الموصى له، أو أحدهم بعد موت الموصى أيضا.

فهذه الوصايا إذا بطلت تعود للورثة، واختلف في دخول الوصايا الأخرى فيها على ثلاثة أقوال :

الدخول، وعدمه، والتفصيل بين الموصي العالم بالحكم، والجاهل به على نحو ما سبق في الإقرار الباطل، والأول هو المعروف في المذهب، واتفقوا على دخولها إذا وقع الرد في حياة الموصي، وعلم به قبل موته، لأنه في هذه الحالة مات وهو عالم ببطلان الوصية، وبقاء الموصى به على ملكه، وهو مشكل مع اتفاقهم على عدم لزوم الرد في حياة الموصي.

الفرع الرابع في التبرعات الباطلة بعد موته، ويدخل في ذلك ما وهبه، أو حبسه، أو تصدق به، أو أعطاه في صحته ولم يحز عنه حتى مات، أو مرض مرض الموت. فإن تبرعاته تبطل، لعدم حوزها في صحته، واختلف في دخول الوصايا فيما بطل، وعدم دخولها فيها على الأقوال السابقة، والراجح عدم الدخول إلا أن يكون الموصي ممن لا يجهل مثله وجوب الحوز في التبرعات، وبطلانها بعدمه[2].

1- انظر : الزرقاني 198/8، المواق 387/6، الخرشي 453/5، المعيار 386/9-387، الرصاع ص 753.

2- انظر : المعيار 245/9، النوازل الصغرى 528/4-529، حاشية الوزاني كراسة 46-48، البهجة 287/2.

الفـرع الخـامس في الأمـوال الغائبة مثل البعير الشارد، والوديعة والقراض، والبضـاعة، والعاريـة والعمـري، والحـبس المؤقت، إذا رجعا للموصى. وقد اتفق المالكية علـى دخول الوصايا في هذه الأموال إذا رجعت ولو بعد عشرين سنة، كما قال مالك في العمري والحبس[1]. لأن الجميع مال معلوم له حين موته. وإن كان ليس في يده.

واخـتلف فيما اشتهر هلاكه بين الناس، وبلغه ذلك قبل موته، ثم ظهرت سلامته بعـد وفاتـه، مثل السفينة يعلن غرقها، والماشية يبلغه موتها، والسلع يخبر باحتراقها ونحو ذلـك، فقيل لا تدخل فيه الوصايا ليأسه منها، وانقطاع رجائه فيها، فهي كمال طارئ لم يعلم به.

وقـيل تدخـل فـيها، لأنها مال معلوم له قبل موته، لم يتيقن من هلاكه، والأصل بقـاء مـا كـان علـى مـا كـان. والقـولان لمالك رواهما ابن وهب، فحملهما بعض على الخـلاف، وحملهمـا ابـن رشد على الوفاق، فجعل القول بالدخول إذا كان الأمر يتعلق بمجرد خبر بلغه، ولم تشهد عنده بينة بهلاكه.

أمـا إذا تحقق عنده هلاكه بالشهادة والاستفاضة حتى تحقق ذلك، وتيقنه وانقطع رجاؤه فيه، فإن الوصية لا تدخل فيه إذا ظهرت سلامته بعد ذلك[2].

الفرع السادس في الحقوق التي ينكل مدعيها عن اليمين. والمنصوص عليه من ذلك :

- الديـون الـتي أقـر بهـا الموصـي لمـن يجـب إقراره، فنكل المقر له عن يمين القضاء بعد وفاة الموصي[3].

- ويلحق بها الدين الثابت على الميت ببينة، إذا نكل مدعيه عن يمين القضاء أيضا.

1- المدونة 297/4، الزرقاني 197/8.

2- انظر : الزرقاني 197/8-198، الرهوني 283/8.

3- المعيار 379/9-519، الرهوني 283/8.

- الديـن الثابت بشهادة عدل أو امرأتين، إذا نكل مدعيه عن اليمين المكملة للنصاب[1].

- ويـلحق بذلـك الـنكول عـن يمـين الاسـتحقاق فيما إذا ادعى شخص على الموصي بالاستحقاق وأثبت دعواه ببينة، ولكنه نكل عن اليمين بعد وفاة الموصي.

ففـي هـذه الحـالات يـبطل حق الناكل فيما ادعاه، ويثبت ملك الموصي للمدعى فيه، وتدخل فيه الوصايا لأنه مال معلوم له حين موته.

واخـتلف إذا اسـتحق مـن التركـة شيء فرجع على المستحق بالثمن، هل تدخل الوصية في الـثمن، لأنـه ثمـن معلوم في يده ؟ أو لا تدخل فيه، لأنه كمال طارئ لم يعلم به[2].

الفرع السابع في اختلاف الورثة والموصى له في علم الموصى بالمال:

بالنسـبة لهـذه النقطة إذا ادعى الموصى له أن الموصي كان يعلم بكل ماتركه من مال، وادعى الورثة أن بعض التركة طرأ، ولم يعلم به الموصي قبل موته، فإن القول للورثة بيميـنهم، وعلـى الموصـى لـه البيـنة، لأن الأصـل عـدم العـلم، كما قال تعالى : والله أخرجكم من بطون أمهاتكم لا تعلمون شيئا.

---

[1]- البهجة 287/2.

[2]- المعيار 408/9.

ولأن الموصـى لـه مـدع، والبيـنة على المدعي، واليمين على من أنكر، كما قال صلى الله عليه وسلم[1]. فإن نكل الورثة عن اليمين حلف الموصى له وقضي له، وإن نكل بطل حقه، لقاعدة النكول بالنكول تصديق للناكل الأول[2].

1- سبق تخريجه.

2- المعيار 247/9-518-392، الزرقاني 197/8، الرهوني 281/8.

الفصل الثامن :
في الوصية الحكمية

الوصية باعتبار مصدرها ومنشئها نوعان:

اختيارية وهي التي ينشئها الموصي بإرادته في حياته قبل موته، يوصي فيها لمن شاء وبما شاء، في حدود ما أقره الشرع، وهذه هي الأصل، وهي التي تسمى وصية عند الإطلاق، وهي المأمور بها في الشريعة الإسلامية، وهي التي تقدم الحديث عن أحكامها في الفصول السابقة.

الوصية الحكمية، وهي بعض تصرفات المريض التي ينجزها في حال مرضه باختياره، والتي اعتبرها الشرع بمنزلة الوصية، وأعطاها حكمها في تحديدها بالثلث لغير وارث، وإن كان المريض نجزها في حياته، ولم يعلقها على وفاته، ولذلك سميت وصية حكمية، لأن الشرع حكم لها بحكم الوصية في بعض الأحكام، وهي التي نتحدث عنها في هذا الفصل، نقسمه إلى أربعة مباحث :

الأول في المريض مرض الموت.

الثاني : فيما ألحق بمرض الموت.

الثالث : في تصرفات المريض ومن ألحق به.

الرابع : في الفرق بين الوصية الاختيارية والوصية الحكمية.

المبحث الأول :

في المريض مرض الموت، ونقسمه إلى مطلبين.

المطلب الأول : في تحديد مفهوم مرض الموت... والثاني فيما يثبت به.

المطلب الأول :

في مـــرض المـــوت.

اتفق الفقهاء على تقسيم المرض إلى قسمين :

1- مرض خفيف لا أثر له في تصرفات المريض، ولا يحجر عليه بسببه.

2- مـرض مخوف، أو مرض الموت كما يسمونه يمنع فيه المريض من التبرع، وما في معناه بأكثر من الثلث لغير وارث.

ثـم اخـتلفوا في التمييـز بيـنهما، وفي تحديـد مفهوم مرض الموت من غيره، لعدم وجـود نـص صريح يوضح هذا من ذاك، ولم يبق إلا اجتهادات جاءت متباينة، مختلفة من مذهب إلى مذهب، وداخل المذهب الواحد، نلخصها فيما يأتي :

أولا- مذهب المالكية:

في المذهب المالكي هناك أقوال[1].

الأول وهـو المشهور أن مرض الموت هو المرض الذي يحكم بكثرة الموت منه، وإن لم يكن الموت غالبا.

والثاني أنه كل ما لا يؤمن فيه الموت، ويقول الأطباء إنه سبب الهلاك غالبا.

1- انظر مختصر خليل بالشرح الكبير 276/3، الذخيرة 137/3، البهجة وحلي المعاصم 220/2، حاشية الوزاني ج 3 كراسة 502/3، الرهوني 349/5.

ولا يكفي على هذا القول كثرة الموت، حتى يكون الموت هو الغالب، والسلامة خلاف الغالب.

وهو أخص من القول الأول، الذي يكتفي بمطلق الكثرة، وإن لم تصل إلى مستوى الغالب.

والقول الثالث أنه ما اتصل به الموت، وإن لم يكن مخوفا حين التبرع، بناء على أن المرض الخفيف إذا اتصل به الموت صار مخوفا، وهو قول ابن عرفة، واختاره ابن رحال.

ورده غير واحد بأن المرض الخفيف لا يحصل منه الموت إلا بزيادته، والزيادة تعتبر كمرض طارئ، فالموت وقع بسبب المرض الطارئ دون الأول.

والمعتمد من هذه الأقوال هو القول الأول، القائل بأن مرض الموت هو ما يكثر منه الموت، وإن لم يكن غالبا، وأن العبرة بوقت التبرع، فإذا كان المرض خفيفا وقت التبرع، ثم تفاقم بعد ذلك كان التبرع صحيحا، اعتبارا بوقت وقوعه، ولا حاجة إلى شهادة تثبت وفاة المريض من مرض آخر.

كما أن المعتمد في الأمراض المخوفة المزمنة المتطاولة، كالسل والسكري صحة التبرعات الواقعة فيها إذا تأخرت وفاة المريض بعدها شهورا كثيرة، إجراء لها مجرى المرض الخفيف، حيث تأخرت الوفاة بعد التبرع كثيرا.

أما إذا مات المصاب بها بعد أشهر يسيرة من تبرعه فإن تبرعاته تعطى حكم الوصية، إلا أن يشهد أهل المعرفة بأنه مات من مرض آخر حدث بعد التبرع، أو مات في حادثة سير، أو جريمة قتل. وقيل متى مات قبل برئه فلا ينفد منها إلا الثلث لغير وارث[1].

---

[1]- النظر : البهجة 220/2، نوازل العلمي 56/3-57-58.

ثانيا- مذهب الحنفية :

اختلف الحنفية في تحديد مفهوم مرض الموت على أقوال[1].

الأول : أنه ما يغلب منه الموت، كان المصاب به ملازما لفراشه، أو يخرج لحوائجه، وهو المختار للفتوى عندهم، وموافق للقول الثاني للمالكية.

والقول الثاني أنه هو ما يمنع صاحبه من الخروج، لقضاء حوائجه بنفسه خارج بيته، فإن كان يقوم لقضائها داخل البيت فقولان.

والقول الثالث هو الذي يمنع صاحبه من القيام للصلاة، ولا يقدر معه أن يصلي قائما.

والقول الرابع أنه الذي يمنع صاحبه من ممارسة أعماله المعتادة، ويتصل به الموت قبل مضي سنة من بدئه، إذا لم يكن في حال تزايد أو تغير.

فإن كان يتزايد اعتبر مرض الموت من تاريخ اشتداده، أو تغيره، ولو دام أكثر من سنة.

والقول الثاني والثالث متقاربان، ومتفقان على اعتبار العجز عن القيام بحاجياته، مكتفيان بهذا الحد وإن لم يكن ترتب الموت غالبا، ولا عاجلا.

أما القول الرابع فقد اعتمد على عنصرين : العجز عن القيام بحاجياته، واتصال الموت به داخل سنة تارة، وتارة ولو أكثر من سنة، حسب حالة المرض من استقرار وتغير.

والتفرقة بين المرض المستقر، والذي يتغير، تفرقة لا يظهر لها وجه، مادام كل منهما ألزم صاحبه الفراش، ومنعه من الخروج لقضاء حوائجه، ولم يشف منه حتى مات منه.

1- الفتاوي الهندية 4/402-176، الفتاوي البزازية 6/334، الفقه الإسلامي وأدلته 8/129.

ثالثا- مذهب الشافعية :

مذهب الشافعية[1] :

نفس الخلاف الذي اختلفه المالكية، والحنفية وقع فيه الشافعية.

القول الأول أنه ما لا تطول معه حياة المريض، وعبارة الشافعي في الأم، كل مرض كان الأغلب منه أن الموت مخوف منه.

والثاني ما يكثر منه الموت عاجلا ، وإن لم يكن غالبا.

والثالث ما يتولد الموت عن جنسه كثيرا.

والرابع كل ما اتصل به الموت.

والخامس كل ما يستعد بسببه للموت، بالإقبال على العمل الصالح.

والقول الأول والثاني متفقان معا على اعتبار كونه مما يتعجل منه الموت، إلا أن الأول يقتضي أنه لا يكون مرض الموت إلا إذا كان قاتلا ، لا ينجو صاحبه من الموت، بخلاف الثاني فإنه يكتفي بكثرة الموت منه عاجلا ، وإن كان قد ينجو المصاب به في بعض الأحيان.

في حين اكتفى القول الثالث بكثرة الموت منه وإن لم يعجل بصاحبه.

أما القول الرابع فلم يأخذ بعين الاعتبار طبيعة المرض في حد ذاته، كما نظر إليه من قبله، وإنما اكتفى بوقوع الموت عنده، واتصاله به وإن لم يكن بسببه، ولو كان خفيفا في نفسه، لا خطر منه على حياة صاحبه، كوجع الضرس، فإنه إذا اتصل به الموت اعتبر مرض موت، ولو مات.. المصاب به في حادثة سير، أو جريمة قتل.

بخلاف ما لم يتصل به الموت، ولو كان مخوفا في نفسه، فإنه إذا مات من غيره لا يعد مرض الموت، وتصح تبرعاته، كما لو كان طريح الفراش ينتظر الموت بين حين وآخر، فقتله قاتل، فإنه لا يعتبر مرض الموت على هذا القول لأنه لم يمت منه.

---

[1]- انظر : الأم 112/3، نهاية المحتاج وحواشيه 6/58-60-61.

رابعا : مذهب الحنابلة.

قسم الحنابلة الأمراض إلى أربعة أقسام[1] :

1- مرض غير مخوف مثل وجع العين، والضرس، والصداع اليسير، وحمى ساعة، وهذا حكمه كالصحيح.

2- الأمراض الممتدة كالسل في بدايته، والفالج في نهايته، والجذام، ولهم فيه قولان الأول أن صاحبه كالصحيح في تبرعاته، تمضي من رأس المال، لأنه لا يخاف تعجيل الموت فيه، وإن كان لا يبرأ فأشبه الهرم.

والثاني التفصيل، فإن أضنى صاحبه، وألزمه الفراش، ومنعه من الخروج، فهو مخوف، وإن كان المصاب به يذهب ويجيء فهو كالخفيف، تمضي تبرعاته من رأس المال، وهو التحقيق عندهم.

3- مرض يتحقق من تعجيل موت المصاب به، وفرقوا فيه بين من فقد عقله واختل، كمن ذبح أو أبينت حشوته، وبين من بقي ثابت العقل، فالأول لا حكم لكلامه ولا لعطيته، والثاني يمضي تبرعه من الثلث.

4- مرض مخوف لا يتعجل موت صاحبه يقينا ولكنه يخاف ذلك.

المطلب الثاني :

فيما يثبت به مرض الموت، وفي اختلاف الورثة والمتبرع عليه.

نتناول في هذا المطلب مسألتين: اختلاف الورثة والمتبرع عليه في وقوع التبرع في الصحة، أو المرض.

والثانية اختلافهم في خطورة المرض وخفته، بعد اتفاقهم على وقوع التبرع في المرض، فبالنسبة للمسألة الأولى فإن القول للمتبرع عليه، لأن الأصل والغالب في الإنسان الصحة، والمرض طارئ، والقول قول مدعي الأصل والغالب، لأنه مدعى عليه، والبينة

[1]- انظر المغني 6/84-85.

على المدعي، واليمين على من أنكر، كما قال صلى الله عليه وسلم[1] ولأن الأصل في العقود صحتها، فتحمل على ذلك[2].

واختلف إذا شهدت لكل منهما بينة وتكافأت البينتان في العدالة، فقيل تقدم بينة الصحة، وهو الراجح، وقيل بينة المرض، وقيل تسقطان معا[3] وسبب الخلاف تعارض المرجحات، فبينة الصحة يرجحها موافقتها للأصل والغالب.

وبينة المرض يرجحها أنها ناقلة عن الأصل، وأنها علمت ما لم تعلمه بينة الصحة، فمن رجح بينة الصحة غلب الترجيح بموافقة الأصل والغالب، ومن رجح بينة المرض غلب الترجيح بالنقل عن الأصل، ومن قال بسقوطهما معا رأى تعادلهما في العدالة والمرجحات فتسقطان، ولهذا إذا كانت إحداهما أعدل فإنها تقدم.

كما أنه إذا اختلف في موته من مرضه الذي تبرع فيه، أو موته بعد صحته منه وشهدت بينة بموته من المرض ولم يصح منه، وشهدت الأخرى بصحته منه، فإنه يعمل بينة الصحة، لأنها علمت ما لم تعلمه الأخرى، ولأنها مثبتة والأخرى نافية، ومن قواعدهم أن من علم حجة على من لم يعلم، وأن المثبت مقدم على النافي. وقيل بينة المرض مقدمة، لأنها مثبتة للمرض، وعالمة بما لم تعلمه الأخرى، ولأن المرض ثابت باتفاق البينتين، والأصل الاستصحاب، وبقاء ما كان على ما كان.

إلا أنه رغم هذه التوجيهات فإن القول بتقديم بينة الصحة أولى، وأقوى لأنها ناقلة.

وقيل ينظر إلى أعدل البينتين فإن استوتا في العدالة سقطتا[4] وقال الشافعية إن كان المرض مخوفا صدق الورثة، وإلا صدق المتبرع عليه، لأن غير المخوف بمنزلة الصحة، والقول لمدعي الصحة عند الاختلاف[5].

1- سبق تخريجه.
2- انظر البهجة 147/2.
3- انظر : الرهوني 227/8، الوثائق الفرعونية ص : 25، البهجة 147/1.
4- الرهوني 227/8.
5- نهاية المحتاج 55/6.

وبالنسبة للمسألة الثانية وهي الاختلاف في كون المرض خفيفا أو مخوفا، فإن هناك خلافا بين الفقهاء فيما يثبت به المرض المخوف.

فمذهب الشافعية أنه لا يثبت إلا بشهادة طبيبين مسلمين، حرين عدلين، مقبولي الشهادة، ولا يثبت بشهادة غير المسلمين، ولا بشهادة رجل وامرأتين، ولا بشهادة النساء وحدهن، إلا أن يكون المرض علة باطنة بامرأة، فتقبل فيه شهادة النساء.

وإن اختلف الأطباء في كونه مخوفا، أو غير مخوف، أخذ برأي الأعلم صاحب الاختصاص، فإن كانوا سواء أخذ برأي الأكثر، وإن استووا في الخبرة والعدد أخذ برأي من يقول إنه مخوف، لأنه علم ما لم يعلمه الآخر[1].

وقال الحنابلة : ما أشكل أمره من الأمراض رجع فيه إلى قول أهل المعرفة، وهم الأطباء، لأنهم أهل الخبرة بذلك، ولا يقبل إلا قول طبيبين مسلمين، ثقتين بالغين، لأنه يتعلق بذلك حق الورثة، والمتبرع عليه، ويقبل الطبيب الواحد إذا لم يقدر على طبيبين[2].

ومذهب المالكية أنه لا يقبل في ذلك إلا الأطباء العارفون بالأمراض، ويقبل في ذلك الواحد والاثنان أولى، كما تقبل فيه المرأة الواحدة فيما تجوز فيه شهادتها.

ويشترط في الجميع العدالة، إلا إذا تعذرت فيقبل غير العدول، وغير المسلمين[3].

ومنشأ الخلاف تردد خبر الطبيب بين الشهادة والرواية، فهو من حيث كونه حكما جزئيا على شخص معين، لشخص معين، فهو شهادة، ومن حيث أنه خبر عن مرض ما أنه مخوف، أو لشيء ما أنه عيب، سواء كان في الشخص أو غيره فهو رواية.

فمن غلب شبهه بالرواية قبل فيه الواحد، وغير المسلم، ومن غلب شبهه بالشهادة اشترط العدالة والتعدد... وقد أورد القرافي على المالكية إشكالين حين اعتبروا خبره شهادة، وقبلوا غير المسلمين، للضرورة، وشهادة الكفار لا تجوز على أصول المالكية، كما أن روايتهم مردودة عندهم[4].

1- نهاية المحتاج 60/6.

2- المغنى 85/6 – 270/9.

3- انظر البهجة 113/1-114.

4- الفروق 20/1، تهذيب الفروق 20/1.

المبحث الثاني:
فيما ألحق بمرض الموت

العلة في منع المريض من التبرع بأكثر من الثلث هي احتمال موته، وتعلق حق الورثة بماله، وهي علة لا تختص بالمريض مرض الموت، وتتعداه إلى كل حالة يكون احتمال الموت فيها محققا، أو غالبا، وإن كان صاحبها في حالة جيدة، وليست العلة هي نفس المرض، ولهذا ألحق الفقهاء بالمرض ما كان في معناه، أخذا بقاعدة الحكم يدور مع العلة وجودا وعدما.

وفي هذا المبحث نتعرض لهذه الملحقات، وهي الحمل، وحضور القتال، والأسر، والحبس للقتل والطاعون، وارتجاج البحر، ونخصص لكل واحد منها مطلبا.

المطلب الأول:
في الحمل وتصرفات الحامل

اعتبر الإسلام الحمل مرضا في الجملة، واتفق الفقهاء على إلحاق الحامل بالمريض في رخصة الإفطار في رمضان، لهذا السبب، واستنادا إلى عموم قوله تعالى:﴿فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر﴾[1]. واختلفوا هنا في تبرعاتها، لعدم وجود نص صريح من الكتاب، أو السنة يبين حكم تبرعاتها أثناء الحمل، وعند وضعها، وليس هناك إلا عمومات، وإطلاقات، وأقيسة جاءت متعارضة فيما بينها، كان من نتيجتها هذه الاختلافات التي نلخصها في الأقوال التالية.

---

1 - سورة البقرة : من الآية : 184.

القول الأول: أن الحامل كالصحيح، تتصرف في مالها كيف شاءت، وتبرعاتها من رأس المال، وإن جاوزت الثلث أو الثلثين، كانت في أول الحمل، أو آخره، وهو قول القاسم بن محمد والحسن البصري ومكحول، وغيرهم من التابعين وبه أخذ الظاهرية[1].

والقول الثاني أنها كالمريض مرض الموت، ليس لها التبرع بأكثر من الثلث مطلقا، وهو قول قتادة وعكرمة، وعطاء، وقال: هو شيء سمعناه، وليس عن رأي رايته واجتهاد.

والقول الثالث أنها كالصحيح، إلا أن يضربها الطلق، وياتيها المخاض، فلا يمضي لها تبرع إلا في الثلث، وهو قول النخعي، وبه أخذ الحنفية والشافعية، وأضاف الشافعية أنها إذا وضعت ولم تنفصل المشيمة، أو مات الولد في بطنها لم يمض لها تبرع، إلا بالثلث بخلاف ما إذا زالت المشيمة وانفصلت فهي كالصحيح حينئذ[2].

والقول الرابع أنها كالصحيح لها التصرف في مالها، والتبرع منه، إلا أن يمضي على حملها ستة أشهر عند الحنابلة[3]. أو حتى تدخل الشهر السابع، ولو بيوم على الراجح، وهو مذهب المالكية وقول ربيعة[4].

حجة أصحاب القول الأول ما جاء في الكتاب والسنة، من الأمر بالإنفاق والتصدق، فإنها جاءت عامة ومطلقة، ولم تفرق بين حامل وغيرها. مثل قوله تعالى: ﴿**إن المصدقين والمصدقات وأقرضوا الله قرضا حسنا يضاعف لهم ولهم أجر كريم**﴾[5]. وقوله: ﴿**والمتصدقين والمتصدقات والصائمين والصائمات**﴾[6]. وقوله صلى الله عليه وسلم: يا معشر النساء تصدقن، فإني رأيتكن أكثر أهل النار"[7]. إلى غير ذلك من النصوص العامة، أو المطلقة، فتشمل الحامل وغيرها، كما تشمل التصدق بالقليل

---

[1] - انظر: المحلى 348/9 ... سنن سعيد بن منصور: 118/1 – الهامش: (1).
[2] - الفتاوي الهندية: 402/4 - نهاية المحتاج وحواشيه: 63/6 – الأم : 113/4- 125.
[3] - المغني: 86/6.
[4] - مختصر خليل بشرح الدردير: 276/3 – الذخيرة: 173/3.
[5] - سورة الحديد من الآية 88.
[6] - سورة الأحزاب من الآية 35.
[7] - أخرجه البخاري: الفتح : 325/3.

والكثير، والعام محمول على عمومه، والمطلق على إطلاقه، حتى يرد ما يخصص العام. أو يقيد المطلق.

كما احتجوا بأن الغالب السلامة عند الوضع، فلا يصح إلحاقه بالمرض المخوف، لوجود الفرق، فإن المرض المخوف يكثر منه الموت، أو يغلب كما سبق، والحمل يندر منه الموت، والغالب السلامة، والحكم للغالب، والنادر لا حكم له كما يقال، ولذلك جاز بيع الحامل المقرب على الأصح[1].

وحجة القول الثاني أن الحمل قد يتولد عنه الموت عند الوضع، فأشبه المرض في كون كل منهما سبب للموت...وهذا القول أوفق بالرأي القائل: إن مرض الموت هو ما اتصل به الموت، وإن كان في أوله خفيفا، واعتبارا بالمآل دون الحال، وبقاعدة: الأمور بخواتمها، فالحمل وإن كان خفيفا في أوله، إلا أن الحامل إذا تبرعت بأكثر من ثلثها، ثم ماتت عند الوضع، فإنه لا يمضي ما زاد على الثلث، وهو رأي سبق رده.

أما القول الثالث فرأى أصحابه أنه لا خطر على الحامل من الحمل حتى يضربها الطلق، فإذا ضربها صار مخوفا، فيحجر عليها فيما زاد على الثلث، لوجود الخوف حقيقة، فيلحق بمرض الموت لوجود الخوف فيهما[2].

وأما مالك ومن وافقه ممن فرقوا بين أول الحمل وآخره، فحجتهم في ذلك قياس الحمل على المرض، وكما يفرق بين المرض الخفيف، والمرض المخوف الثقيل، فإنه يفرق بين أول الحمل، فإنه يكون خفيفا مأمونا، وبين آخره حيث يكون خطيرا، فألحق أوله بالمرض الخفيف، وآخره بالمرض المخوف، وقد استدل مالك في الموطأ لهذه التفرقة بقوله تعالى: ﴿**فلما تغشاها حملت حملا خفيفا فمرت به، فلما أثقلت دعوا الله ربهما لئن آتينا صالحا لنكونن من الشاكرين**﴾[3]. وقوله ﴿**فبشرناها بإسحاق**﴾[4].

---

1 - انظر: البهجة 39/2 – مختصر خليل بشرح الخرشي: 398/3.

2 - انظر نهاية المحتاج : 63/6.

3 - سورة الأعراف، من الآية 189.

4 - سورة هود من الآية 81.

فقد جعل الله تعالى أول الحمل بشارة، كما جعله في الآية قبلها خفيفا، وجعل آخره ثقيلا ، وسبب الخوف من وقت الوضع لذلك ﴿**دعوا الله ربها، لئن آتينا صالحا لنكونن من الشاكرين**﴾، فوقت الإثقال هو وقت الوضع.

واستدل على تحديد وقت الاثقال بستة أشهر بقوله تعالى: ﴿**والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين**﴾[1]. مع قوله ﴿**وفصاله ثلاثون شهرا**﴾[2]، دلت الآية الأولى على أن مدة الرضاع حولان، كاملان أربعة وعشرون شهرا، ودلت الثانية على أن مدة الحمل والرضاع معا ثلاثون شهرا، فإذا أسقطت أربعة وعشرون من ثلاثين كان الباقي ستة أشهر، وهي مدة الحمل يمكن الوضع بعد تمامها[3]. فنزل إمكان الوضع منزلة الوضع، لأنه مظنته، واعتبر ذلك مخوفا، كما اعتبر الطلق مخوفا.

ونشير في نهاية هذا الفرع إلى أن الحامل مصدقة في قولها بلغت ستة أشهر، أو لم تبلغها، ولا ينظرها النساء، ولا يسألن عن ذلك، لأنها مؤتمنة على ذلك، لقوله تعالى: ﴿**ولا يحل لهم أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن إن كن يومن بالله واليوم الآخر**﴾[4].

---

1 - سورة البقرة من الآية : 233

2 - سورة الأحقاق من الآية : 10

3 - انظر المنتقى: 175/6.

4 - سورة البقرة من الآية 288.

المطلب الثاني:

في حضـــور القتــــال [1]

اختلف الفقهاء في الحاضر في الحرب، والمتوجه إليها، فقال الظاهرية تبرعاته من رأس المال كالصحيح، ولا يحجر عليه في ماله، وقال الحنفية له التبرع بماله ما لم يتقدم الزاحف إلى البراز.

وفرق المالكية بين الحاضر في صف القتال، وبين الحاضر في صف النظارة يشبه ما يعرف اليوم بخطوط الدفاع الخلفية المتأهبة للدفاع عند انهزام الصفوف الأولى.

وقال الشافعي في أحد قولين لا يحجر عليه إلا أن يجرح، وقال في القول الثاني لا يحجر عليه. وتجوز عطيته حتى يلتحم في الحرب، فإذا التحم فيها فعطيته عطية مريض، كان القتال بين المسلمين، أو بينهم وبين الكافرين، كان بين جماعتين، أو بين اثنين.

وقال الحنابلة إذا التحمت الحرب، واختلطت الجيوش، وكانت الطائفتان متكافئتين أو مقهورة فإنه يحجر على حاضر القتال، ويعطى حكم المريض.

أما إن كانت الطائفتان متميزتين بعضهما عن بعض، فلا يحجر على أحد، سواء كانت بينهما مناوشة أم لا، كما أن الطائفة المنتصرة بعد انتصارها لا يحجر على أحد ممن هو في صفها، ومن جيشها، وقد احتج القائلون بالحجر عليه، ومنعه من التبرع بأكثر من الثلث، بالقياس على المريض، وهو قياس أحروي، لأن توقع الموت في حالة التحام الحرب أكثر من توقعه من المرض المخوف[2].

---

[1] - انظر المنتقى: 176/6 – الأم : 113/4 – المغنى: 87/6 – حاشية الدسوقي: 276/3 – المحلى: 351/9 – المحلى: 351/9 – نهاية المحتاج: 63/6- الأم: 126/4.

[2] - انظر: المغني: 86/6 – المنتقى : 175/6.

كما احتجوا من جهة النص بقوله تعالى: ﴿**ولقد كنتم تمنون الموت من قبل أن تلقوه فقد رأيتموه وأنتم تنظرون**﴾[1]. فقد جعل الله رؤية القتال كرؤية الموت[2]، وغير خفي أنه عند حضور الموت يحجر على من حضره الموت.

أما الذين لم يحجروا عليه، وأجازوا تبرعاته، فاحتجوا بأنه ليس بمريض، ولا في معنى المريض، لأنه غير مخوف، ولذلك إذا جرح صار مخوفا، ويحجر عليه[3].

وأما المالكية الذين فرقوا بين حضور صف القتال، وصف الدفاع الخلفي: صف النظارة، وصف الرد فرأوا أن احتمال الموت إنما يكون في حضور صف القتال، دون من خلفه، فإنه لا خوف عليهم.

كما أن الحنفية رأوا أن الخوف من الموت إنما يتأكد عند الخروج للمبارزة، وإذا كان في صف المقاتلة ولم يخرج للمبارزة كان احتمال الموت قليلا ، والخوف ضعيفا، فلا يحجر عليه.

ومثل ذلك يجري في تفرقة الحنابلة بين الفئتين المتكافئتين، وغيرهما، وبين الملتحمين، وغيرهما، ولعل هذا الاختلاف راجع إلى الاختلاف في تحقيق المناط، كما يقول الأصوليون فإن هؤلاء متفقون على التحجير عليه في حال اشتداد الخوف من موته في الحرب، إلا أنهم اختلفوا في تحديد مواطن اشتداد الخوف وضعفه.

والذي يظهر أن اندلاع الحرب والمشاركة فيها مثل المرض المخوف، أو أشد منه، وإن لم يلتحم الجيشان، فإن الله سبحانه عز وجل سمى الحرب خوفا، في قوله تعالى: ﴿**قد يعلم الله المعوقين منكم والقائلين لإخوانهم هلم إلينا ولا ياتون البأس إلا قليلا أشحة عليكم، فإذا جاء الخوف رأيتهم ينظرون إليك تدور أعينهم كالذي يغشى عليه من الموت**﴾[4]. وقد كان ذلك في غزوة الخندق، وبين جيش المسلمين والمشركين حاجز الخندق.

---

[1] - سورة آل عمران ، من الآية 143 .

[2] - انظر المنتقي : 175/6 – الذخيرة 138/7.

[3] - انظر: الأم : 113/4 – المغني 87/6 .

[4] - سورة الأحزاب من الآية: 18 – 19.

المطلب الثالث:

في الحبـــس للقتـــــل[1]

اخـتلف الفقهاء في المحبوس للقتل، فقال المالكية له حكم المريض، يحجر عليه فـيما زاد على الثلث إذا ثبت عليه القتل ببينة، أو إقرار، ولا يمضي تبرعه فيما زاد على الثلـث، بخـلاف المحبوس لمجرد الدعوى، قبل ثبوت ما يوجب عليه القتل، فإنه لا يحجر علـيه، وتـبرعاته مـن رأس مالـه، والحق المالكية بالمحبوس للقتل المقدم للقطع، إذا خيف عليه الموت، دون المحبوس له.

وقـال الحنفـية لا يحجـر علـيه حـتى يقدم للقتل، ووافقهم الحنابلة على الحجر عليه إذا قدم للقتل.

وللشـافعية قـولان: الأول أنه كالمريض، والثاني أنه كالصحيح، حتى يشرع في تنفـيذ القتل ويجرح، فإذا جرح فهو محجور عليه حينئذ، وقال الظاهرية تبرعاته من رأس المال، ولا يحجر عليه في ثلث ولا أكثر.

احتج المالكية بقياسه على مرض الموت لوجود الخوف من الموت فيهما، وهو في المحبوس للقتل أشد وأكثر.

واحتج الشافعية بأنه صحيح البدن، والظاهر العفو عنه، فلا يصح إلحاقه بمرض الموت، وهو احتجاج ضعيف.

أولا: لأن علـة الحجـر علـى المـريض ليسـت هـي المـرض، حتى ينتفي الحكم بانـتفاء المـرض، وصـحة الـبدن، بـل العلة هي الخوف من الموت، وهي في المحبوس للقتل أشد وأقوى، فثبوت الحكم معه أحرى وأولى.

---

[1] - انظر: المغني: 87/6 – المنتقي: 176/6 – الأم 113/4 – المحلى 148/9 - نهاية المحتاج: 63/6 – الذخـيرة : 138/7 .

وثانيا الاحتجاج باحتمال العفو عنه لا يطرد في الرجم، والقتل غيلة، لامتناع العفو فيهما، كما أن احتمال العفو أضعف من احتمال القتل في غيرهما، والحكم للغالب دون النادر.

المطلب الرابع :

في الأسير والمحبوس

اختلف في الأسير بيد المشركين، والمحبوس بيد المسلمين فقال الشافعي: إن كان في أيدي المسلمين فعطيته عطية صحيحة، وإن كان في أيدي مشركين لا يقتلون أسيرا فكذلك، وإن كان في أيدي مشركين يقتلون الأسرى ويدعونهم فعطيته عطية المريض، لأن الأغلب منهم أن يقتلوه.

وإن كان في أيدي مشركين يفون بالعهد فأعطوه عهدا على شيء، أو على غير شيء، فعطيته عطية الصحيح[1]. وقال ابن حزم تبرعاته من رأس المال ولم يفرق، كما قال الحسن البصري تصرفاته في الثلث، ولم يفرق بين المحبوس في يد المسلمين، والمحبوس في يد غيرهم، إلا أن فتواه كانت فيمن قبضه الحجاج، وكان معروفا بالقتل، وقال الزهري والثوري واسحاق عطية الأسير من الثلث، ولم يفرقوا بين ما جرت العادة بقتله، وما لم تجر العادة بقتله[2].

والصحيح التفصيل وهو قول أبي حنيفة ومالك، وابن أبي ليلى، وأحد قولي الشافعي، والحجة في ذلك أن مجرد الأسر والحبس من غير خوف القتل ليس بمرض، ولا هو في معنى المرض، فلا يصح إلحاقه به، ولأن المريض الذي لا يخاف الموت تصح عطيته من رأس المال، فغيره أولى بذلك[3].

---

1 - انظر الأم: 113/4 - نهاية المحتاج 63/6 – المغني : 88/6.

2 - المغني: 88/6.

3 - نفس المرجع.

وروي عن عمر بن عبد العزيز أنه كتب إلى بعض عماله: أجز وصية الأسير، وعتاقته، وما صنع في ماله، ما لم يتغير عن دينه، فإنما هو ماله، يصنع فيه ما يشاء[1].

المطلب الخامس :

في ركوب البحر واضطرابه

وقد اختلف فيه أيضا، فقال الحنابلة، والشافعية هو مخوف في حق راكب السفينة في حالة اضطراب البحر وهيجانه، ولو كان الراكب يحسن السباحة، وإلا فليس بمخوف[2].

وللمالكية قولان: الأول أنه كالمرض المخوف، وهو قول أشهب وابن وهب، والثاني لابن القاسم أنه كالصحيح، وهو المعتمد في المذهب، إلا أن يكون ممن لا يحسن العوم، ولا سفينة له، أو تحطمت سفينته فيحجر عليه[3].

حجة القول الأول أن علة الحجر على المريض الخوف من الموت، وهي موجودة في حالة اضطراب البحر وهيجانه، كما يدل على ذلك وصف الله تعالى ركاب البحر في قوله: ﴿**هو الذي يسيركم في البر والبحر، حتى إذا كنتم في الفلك وجرين بهم بريح طيبة، وفرحوا بها، جاءتها ريح عاصف، وجاءهم الموج من كل مكان، وظنوا أنهم أحيط بهم دعوا الله مخلصين له الدين، لئن انجيتنا من هذه لنكونن من الشاكرين**﴾[4].

---

1 - الفتح 49/12

2 - انظر البخاري شرح الفتح: 49/12 .

3 - انظر الذخيرة: 137/7 – خليل بالشرح الكبير: 176/3 .

4 - سورة يونس من الآية 22 .

المطلب السادس:

في وقوع الطاعون في البلد[1]

وقد اختلف فيه أيضا، وللحنابلة فيه قولان، أحدهما أنه مخوف، والثاني أنه غير مخوف, وقال الشافعية إذا نزل الطاعون ببلد، فإن تصرفات أهله كلهم تكون بالثلث، وإن مات بغيره.

---

1 - انظر المغني 88/6 – نهاية المحتاج وحواشيه: 62/6 – 63 .

المبحث الثاني:

في تصرفات المريض.

وهـو مبحـث نخصـه لتصـرفات المـريض المالية، بمختلف أنواعها، ونقسمه إلى ثلاثة مطالب، الأول في تبرعاته، والثاني فيما ألحق بتبرعاته، والثالث في معاوضته وما في معناها.

المطلب الأول:

في التبرعـــــات.

ونقسمه إلى فرعين الأول في تحديد مفهوم التبرعات، وما يدخل فيها، والثاني في حكم تبرعاته،

الفرع الأول في مفهوم التبرع:

التـبرع في اللغـة التفضل بالعطاء، واصطلاحا قال أبو الحسن: التبرع ما كان عن غير سؤال، والتطوع ما كان عن سؤال، وكلاهما معروف[1].

وقال الحطاب في التزاماته: التبرع هو إلزام الشخص نفسه شيئا من المعروف[2]. وهو تعريف شامل لكل أنواع التبرعات، على اختلاف أنواعها وأسمائها، فيدخل فيه[3].

1- الصدقة: وهي تمليك رقبة الملك للمعطى له لوجه الله تعالى، بلا عوض.

2- الهـبة: وهـي مثل الصدقة تمليك رقبة الملك للمعطى له بلا عوض، إلا أنها لوجه المعطى له.

3- الحبس: وهو إعطاء منفعة شيء مدة وجوده دون رقبته.

---

1 - انظر: البهجة: 158/1.

2 - انظر حاشية الوزاني: 3 – كراسة، 17 – 18، ص: 8 – 1.

3 - انظر البهجة: 276/1- 283 – 219/2 – 220.

4- العمـرى: وهـي إعطاء منفعة شيء مدة حياة المعطي، أو المعطى له، أو غيرهما، كمـن يعطـى مـنفعة داره لصـهره مـا دامـت البنت حية، فإذا ماتت عادت الدار إلى مالكها أو ورثته.

5- العرية: وهي إعطاء ثمار الأشجار مدة من الزمن.

6- المنحة: وهي إعطاء لبن الحيوان مدة دره.

7- الإسكان: وهو إعطاء سكنى الدار مدة من الزمن.

8- العاريـة: وهـي إعطاء منفعة شيء مدة من الزمن، وخصها بعضهم بإعطاء منفعة الدابة ونحوها.

9- الارفـاق: وهـو إعطـاء حـق الانـتفاع بمنافع تتعلق بالعقار، كحق المرور بأرضه، والسقي من مائه، والانتفاع بجداره.

10- الضمان: وهو التزام الدين لمن هو له، أو التزام إحضار المدين للدائن.

11- النذر: وهو التزام طاعة لله بنية التقرب.

12- الالـتزام: بالمعـنى الأخص، وهو ما كان بلفظ الالتزام بالإنفاق على فلان، أو بإعطائه كذا.

13- النحلة: وهي ما يعطيه والد الزوج لابنه في عقد نكاحه، أو يعطيه والد الزوجة لابنته في عقد نكاحها.

14- الإمتاع : وهو ما تمتع به الزوجة زوجها من الانتفاع بأملاكها، كسكنى دارها، وحرث أرضها، وأخذ ثمار اشجارها، ونحو ذلك.

15- الصلة: وهي ما كان بين الأقارب.

16- الحباء: بكسر الحاء وهي ما يعطيه الزوج لولي الزوجة، عند العقد أو قبله.

الفرع الثاني في حكم تبرعات المريض:

اتفـق الفقهـاء علـى صحة تبرعات المريض مرضا خفيفا، ولزومها له، ولورثته إذا مـات، وعلـى أنها محسوبة من رأس المال، معاملة له معاملة الصحيح في تبرعاته بشرط

حيازتها قبل موته، أو فلسه، أو حدوث مرض مخوف، كما اتفقوا على أن المريض مرضا مخوفا إذا تبرع في مرضه، ثم صح منه صحة بينة، ولم يمت، فإن تبرعه لازم له، ولو تبرع بجميع ماله، ولا حق له في الرجوع فيه، كما لاحق لورثته في رده إذا مات بعد صحته من مرض آخر[1].

واختلف إذا تبرع في مرضه المخوف، ولم يصح منه حتى مات على قولين[2].

الأول مذهب الأئمة الأربعة وأصحابهم، وجماهير العلماء من غيرهم أن له حكم الوصية، يمضي في الثلث، فاقل لغير الوارث، ويوقف على إجازة الورثة إذا تبرع على وارث مطلقا، أو تبرع على أجنبي بأكثر من الثلث.

وقال أهل الظاهر: تبرعاته صحيحة، محسوبة من رأس المال مطلقا، كانت بالثلث أو بأكثر منه كالصحيح.

احتج الجمهور بأدلة:

1- حديث أن رجلا من الأنصار أعتق ستة أعبد عند موته، ليس له مال غيرهم، فأقرع بينهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فأعتق اثنين، وأرق أربعة[3].

2- حديث سعد بن أبي وقاص أنه قال: جاءني رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودني من وجه اشتد بي، فقلت يا رسول الله صلى الله عليه وسلم: إني قد بلغ مني الوجع ما ترى، وأنا ذو مال، ولا يرثني إلا ابنة لي، أفأتصدق بثلثي مالي؟ قال: لا، قلت فبالشطر يا رسول الله قال: لا قلت فبالثلث قال: الثلث، والثلث كثير، أو كبير، إنك أن تذر ورثتك أغنياء، خير من أن تدعهم عالة، يتكففون الناس[4].

3- حديث إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم ليجعلها لكم زيادة في أعمالكم[5].

---

1 - انظر المدونة: 326/4 – الأم : 109/4 – المغني 71/6.

2 - المنتقى 175/6 – المحلى 348/9 وما بعدها، الذخيرة 104/7 – الأم 107/4 .

3 - سبق تخريجه.

4 - سبق تخريجه.

5 - سبق تخريجه.

4- الحديث القدسي الذي يقول الله تعالى فيه لآدم مخاطبا له: ...جعلت لك طائفة من مالك عند موتك أرحمك به[1].

فهذه الأحاديث صريحة في منع المريض مرضا مخوفا من التصدق بأكثر من الثلث ابتداء، كما في حديث سعد، وفي رد ما زاد على الثلث إذا وقع وتبرع بأكثر من الثلث، كما في حديث عمران ابن حصين الأول، كما تدل على جواز التصدق بالثلث كما في حديث سعد، والحديث الثالث والرابع، وهما يدلان أيضا بطريق المفهوم على منع ما زاد على الثلث.

واحتج الظاهرية على صحة تبرعه بما شاء بما ورد في القرآن والسنة من نصوص عامة تارة، ومطلقة أخرى، تأمر بالخير والصدقة من غير تفريق بين الصحيح والمريض، وقليل المال وكثيره، مثل قوله تعالى: ﴿**يا أيها الذين آمنوا اركعوا واسجدوا واعبدوا ربكم وافعلوا الخير لعلكم تفلحون**﴾[2]. وقوله: ﴿**لا تنسوا الفضل بينكم**﴾[3]. وقوله: ﴿**إن المصدقين والمصدقات وأقرضوا الله قرضا حسنا يضاعف لهم ولهم أجر كريم**﴾[4].

فالأمر بفعل الخير في الآية الأولى خطاب للجميع، عام في الصحيح والمريض، كما أن لفظ الخير عام في القليل والكثير.

والآية الثانية هي عام في النهي عن نسيان الفضل، وهو يتضمن الأمر ببذل الفضل، لأن النهي عن الشيء أمر بضده والفضل عام في القليل والكثير.

والآية الثالثة عامة في كل متصدق، لأنه جمع معرف بال، فيعم الصحيح، والمريض، وحذف المعمول يوذن بالعموم.

وهي أدلة لا يتم بها الاحتجاج لأنها عامة، والأحاديث السابقة التي استدل بها الجمهور خاصة، والخاص مقدم على العام عند التعارض، مخصص له فيما تعارضا

---

1 - سبق تخريجه.
2 - سورة الحج من الآية 77
3 - سورة البقرة من الآية 237
4 - سورة الحديد: من الآية 18.

فيه، كما يقول الأصوليون، إلا أن ابن حزم رد استدلال الجمهور بتلك الأحاديث، وسلك في ذلك عدة مسالك، فضعف ما قدر على تضعيفه، وعارض وأول ما لم يجد سبيلا إلى تضعيفه. [1].

وهكذا رد حديث إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم، الذي رواه أبو بكر، وأبو هريرة، وأبو الدرداء بتضعيفه، والقدح في رواته، كما رد الحديث القدسي من طريق أبي قلابة، وحديث سليمان بن موسى بالإرسال، ولا حجة في مرسل عنده... كما أولها على أن المقصود بالتصدق بالثلث فيها هو الوصية، فإنها تسمى وصية، مؤيدا ذلك بأنه لا ذكر في هذه الأحاديث للمرض.

وأما حديث سعد من رواية الجماعة التي فيها النص الصريح على المرض، والسؤال عن الصدقة، فقد عارضه برواية من رواه بلفظ أفأوصي بدل أفأتصدق[2]. ورجح هذه الرواية ورد إليها رواية أفأتصدق، وحمل الصدقة في هذه الرواية على الوصية، لأنها تسمى صدقة، والقصة واحدة، جمعا بين الروايتين، إلا أنه لا مانع من الجمع بينهما بأن يكون سال عن الصدقة الناجزة فلما منعه عاد لسؤاله عن الوصية فجاءت الروايتان مختلفتين لذلك.

وأما حديث الذي أعتق ستة أعبد عند موته، فرد الاستدلال به بقصره على محل وروده، وهو العتق ومنع القياس عليه بناء على أصله في منع القياس جملة وتفصيلا.

وهي اعتراضات بناها على مذهبه في إنكار القياس، ومنع الاحتجاج بالمرسل، والوقوف مع الظاهر ورفض المجاز.

والجمهور على قبول القياس، وصحة الاحتجاج بالمرسل، وخاصة إذا اعتضد بغيره، وعلى وجود المجاز في الكتاب والسنة، وبذلك تسقط هذه الاعتراضات، ويتم احتجاج الجمهور بالأحاديث السابقة، فإن حديث سعد نص فيه على المرض المخوف صراحة في بعض الروايات، وحديث إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم

---

1 - انظر المحلى 355/9.

2 - انظر البخاري شرح الفتح 123/5. نيل الأوطار: 37/6.

يدل على المرض مجازا، أو كناية، فإن قوله عند وفاتكم يعني به عند مرضكم المخوف الذي يعقبه الموت، فاستعمل المسبب في السبب مجازا أو كناية.

ويبقى بعد ظهور بطلان القول بصحة التبرعات المريض مطلقا، ورجحان قول الجمهور بإعطائها حكم الوصية أن نشير إلى بعض النقط ذات الصلة بالموضوع.

الأولى متى يعتبر كون العطية ثلثا أو أكثر، والثانية في وقف العطية، أو تسليمها للمعطى له، والثالثة في علة العطية قبل الموت، والرابعة في الوقف على الورثة في المرض.

بالنسبة للنقطة الأولى وهي متى يعتبر كون العطية ثلثا أو أكثر، فإن مذهب المالكية أن المعتبر في ذلك يوم الموت لا يوم العطية[1]. فإذا كانت يوم القسمة تساوي الثلث فأقل نفذت، ولو كانت وقت العطية أكثر من الثلث، كما أنه إذا كانت يوم التنفيذ أكثر من الثلث فإنه لا يمضي منها إلا قدر الثلث ولو كانت يوم العطية ويوم الموت قدر الثلث أو أقل.

وقال الحنابلة المعتبر يوم الموت أيضا لا يوم العطية[2].

والمعتبر في كون المعطى له وارثا، أو غير وارث يوم الموت، لا يوم العطية كما سبق[3]. وبالنسبة للنقطة الثانية المتعلقة بوقف العطية إلى أن يموت المعطي، أو تسلم للمعطى له قبل موته، فهناك خلاف بين الفقهاء.

مذهب المالكية أنها توقف حتى يموت المعطي، وإن تسلمها المعطى له كان للورثة أخذها من يده، وإيقافها حتى يتبين الأمر، فإن عاش المريض وصح لزمته العطية، ولا رجوع له فيها ولو كانت أكثر من الثلث، لا فرق بين الوقف وغيره خلافا لبعض من جوز رجوعه في الوقف.

---

1 - حاشية الدسوقي 276/3.

2 - انظر المغني 15/6.

3 - المنتقى 179/6 – الأم 107/4.

وإن مات لزمت العطية الورثة في حدود الثلث، جبرا عليهم، ولا حق لهم في ردها، واستثنى المالكية ما إذا كان مال المريض مأمونا مثل الأراضي، والعقارات فإن العطية لا توقف، وينفذ للمعطى له ما يحمله الثلث منها[1].

وقال الحنابلة والشافعية: إذا مات المعطي قبل اقباض العطية، وتسليمها للمعطى له، كان الخيار للورثة في تسليمها للمعطى له، أو منعه منها[2].

وسبب الخلاف هو هل يشترط في الهبة القبض أو لا يشترط؟ مذهب المالكية أن العطايا تلزم بالقول، ولا يشترط فيها القبض، إذا كانت في المرض، لأنها في حكم الوصية لا تحتاج إلى القبض قبل موت الموصي، فكذلك ما في حكمها من العطايا في المرض، بخلاف العطايا في الصحة فإنها تبطل إذا لم تحز حتى مات المعطي، أو مرض مرض الموت.

ولقوله صلى الله عليه وسلم: لا يحل لرجل أن يعطي عطية أو يهب هبة فيرجع فيها، إلا الوالد فيما يعطي ولده[3].

ومذهب الشافعية ومن وافقهم أن الهبة لا تتم إلا بالاقباض، ولا تلزم بالقول، وللواهب الرجوع فيها قبل تسليمها للموهوب له، وإذا مات قبل إقباضها كان لورثته الرجوع فيها، لأن من مات عن حق انتقل لورثته.

ويرد ذلك الحديث السابق، فإنه علق حرمة الرجوع على العطية، والعطية هي العقد، وأما القبض فشيء آخر، كما يرده قوله تعالى: ﴿**يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود**﴾[4].والهبة وما في معناها من التبرعات عقد، فيلزم الوفاء به بجرد عقده.

---

1 - الرهوني 272/8 – المدونة 326/4 – 346 – 348 – 349 – 324.

2 - انظر الأم 110/4 المغني 74/6.

3 - رواه أبو داود 291/3.

4 - سورة المائدة من الآية 1

وبالنسبة للنقطة الثالثة، فإن المعطى له لا يحل له الانتفاع بالعطية قبل موت المعطي، فلا يأكلها إن كانت مما يوكل، ولا يأكل غلتها إن كانت مما له غلة، حتى يموت فتكون في الثلث[1].

وبالنسبة للنقطة الرابعة التي هي الوقف على الورثة في المرض، فإن هناك ثلاث حالات، تختلف أحكامها، وهي الوقف على بعضهم دون بعض، والوقف عليهم جميعا على خلاف مواريثهم، والوقف عليهم على قدر إرثهم.

الحالة الأولى إذا حبس على بعضهم دون بعض.

وقد اختلف فيها، فأجازها الشافعية، والحنابلة في أحد وجهين لهم، في حدود الثلث، ولا تتوقف على إجازة الورثة[2].

ومنعها المالكية إلا أن يجيزها الورثة، وهي رواية عن أحمد[3].

احتج من منع ذلك بالقياس على الوصية للوارث، وعلى الهبة له، في المرض لأن في كل منهما تخصيص بعض الورثة بماله، واحتج من أجازها بالقياس على الأجنبي، وبحيث عمر رضي الله عنه أنه قال: هذا ما أوصى به عبد الله أمير المومنين عمر، إن حدث به حدث أن ثمغا صدقة، والعبد الذي فيه والسهم الذي بخيبر، ورقيقه الذي فيه، والمائة وسق الذي أطعمني محمد صلى الله عليه وسلم تليه حفصة ما عاشت، ثم يليه ذو الرأي من أهلها، لا يباع، ولا يشترى، ينفقه حيث يرى من السائل والمحروم، وذوي القربى، ولا حرج على من وليه، إن أكل أو اشترى رقيقا[4].

والحجة فيه أنه جعل لحفصة –وهي بنته- أن تأكل من الوقف، وتشتري منه الرقيق، فهو تحبيس على بعض الورثة دون بعض.

---

1 - المدونة 346/4

2 - الشرقاوي 167/2 – الفتح 404/5 – المغني 573/5.

3 - انظر الشرح الكبير 82/4 – الرهوني 144/7 – المغني 573/5.

4 - رواه أبو داود 117/3.

وردوا قياس الوقف على الوصية والهبة في المرض بوجود الفرق بينهما، لأن الوصية والهبة يملكان ويباعان، والحبس لا يباع ولا يورث، ولا يملكه الورثة، وإنما ينتفعون بغلته فلا يصح إلحاقه بهما، وقياسه عليهما[1].

إلا أنه فرق ضعيف، لأن الحكمة من منع الوصية والعطية في المرض للوارث، هو ما في ذلك من تخصيص بعض الورثة دون بعض بشيء من ماله، مما يخالف الحكمة من شرع الميراث وهذا موجود في الحبس كما هو موجود في الوصية، إذ لا فرق بين الاختصاص بالملك والاختصاص بالغلة على أن الملك إنما يراد للغلة.

كما أن الاستدلال بحديث عمر لا يصح، لأن تحبيس عمر كان في حياة الرسول صلى الله عليه وسلم، وبإشارته بعدما استشاره عمر، وقد كان عمر رضي الله عنه صحيحا غير مريض، والوصية لحفصة رضي الله عنها إنما كانت وصية لها بالنظر، والاشراف على توزيعه[2]. والإذن لها في الأكل من باب الأجرة على عملها، كما جعل الله للعاملين في الزكاة نصيبا فيها، في قوله تعالى: ﴿**إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها**﴾[3]. وكما أذن لولي اليتيم أن يأكل من مال اليتيم في قوله: ﴿**ومن كان فقيرا فلياكل بالمعروف**﴾[4].

وقد استثنى المالكية من منع الوقف على بعض الورثة دون بعض في المرض، مسألة تعرف عندهم بمسالة أولاد الأعيان[5].

وضابطها أن يحبس المريض في مرضه المخوف ما يحمله الثلث على الوارث وغيره وحبسا معقبا، مثل تحبيسه على أولاده، وأولاد أولاده، دون زوجته وأمه مثلا ، فإن الحبس يصح عندهم، ولا يبطل لتعلق حق العقب به، ولهذا إذا كان غير معقب فإنه يبطل ما ينوب الورثة، ويصح ما ينوب غير الورثة كما أنه إذا زاد على الثلث يبطل في الزائد على الثلث، إلا أن يجيزه الورثة.

---

1 - انظر المغني : 573/5 – الفتح 404/5.
2 - الفتح : 404/5.
3 - سورة التوبة: من الآية 60 .
4 - سورة النساء: من الآية 6
5 - انظر المدونة 344/4 – الشح الكبير : 82 – 83 – 84.

وفي حالـة توفـر شرطي التعقيب والثلث، فإن الحبس يقسم بين المحبس عليهم مـن الورثـة وغيرهـم، علـى عدد رؤوسهم، فما ناب الأولاد يقسم بينهم وبين باقي الورثة الذين لم يشملهم الحبس على حسب الفرائض، للذكر مثل حظ النثيين- وإن كان فيهم ذو فـرض أخـذ فرضـه، ثم يقسم الباقي للذكر مثل حظ الأنثيين، ولو شرط المحبس خلاف ذلـك، لأنـه شـرط باطل، مخالف للشرع، وقد قال عليه الصلاة والسلام: "من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد".

بخلاف نصيب غير الورثة فإنه يراعى فيه شرط المحبس، من تفاضل أو تسوية، ولو اختلفت حاجتهم وقوفا مع شرطه الجائز. فإن أطلق سوى فيه بينهم.

وكمثال على ذلك مسألة المدونة، مريض له ثلاثة أولاد، وأربعة أولاد أولاده، وزوجـة وأم، حـبس علـى أولاده، وأولادهم، وترك أمه، وزوجته، فإن الحبس يقسم على سـبعة عـدد رؤوسـهم، ثلاثـة أسـباع الأولاد تقسم بينهم وبين الأم والزوجة، تأخذ الأم سدسها منها، والزوجة ثمنها كذلك، والباقي لأولاد الأعيان، يقسمونه بينهم، للذكر مثل حظ الأنثيين.

ونصيب أولاد الأولاد وقف، يعمل فيه بشرط المحبس.

وإن مات أحد أولاد الأعيان، أو أولاد الأولاد، أو زاد عددهم نقض القسم، وأعـيد قسـمه علـى الغدد الموجود، فإن مات واحد قسم على ستة، وإن مات اثنان قسم على خمسة، وإذا زاد واحد على السبعة قسم على ثمانية وإذا ازداد ثلاثة قسم على عشرة وهكذا.

وفي جميـع الحـالات مـا يـنوب أبناء الأعيان يشاركهم فيه باقي الورثة: الأم والـزوجة، في مثالـنا، بخلاف مـوت الـزوجة، أو الأم، فإنـه لا ينتقض القسم به، ويعود نصـيبهما لورثـتهما، أو ورثـة ورثتهما إلى أن يموت جميع أبناء الأعيان، فيعود الحبس كلـه لأولاد الأولاد، ويـنقطع حـق الأم والـزوجة، لأنهمـا كانـا يأخذانـه بالتبع لأولاد الأعيان.

الحالـة الثانـية، الحـبس على جميع الورثة على قدر مواريثهم مثل الحبس على أبنائه وبناته للذكر مثل حظ الأنثيين.

وقد اختلف فيها على أقوال ثلا ثة[1].

الأول صحة الحبس ولزومه، ولا يجوز للورثة نقضه، وقسمه، أو بيعه، ويبقى موقوفا، يقسمونه غلته كالإرث، إلى أن ينقضوا فيرجع مرجع الأحباس، وحجته:

1 – أن القصد من الحبس دوام الثواب للمحبس، فلا يملك الورثة رده، إذ لا ضرر عليهم فيه

2 – القياس على الأجنبي، وهو قياس أحروي، كما يقولون، لأنه إذا جاز له تحبيس الثلث على الأجنبي، وحرمان الورثة منه، فإنه يجوز تحبيسه عليهم من باب أولى وأحرى، ولذا إذا حبس جميع ماله عليهم حسب ميراثهم كان لهم رد ما زاد على الثلث، وينفذ في الثلث جبرا عليهم، كما يجوز لهم رد ما زاد على الثلث لأجنبي، ولزوم الثلث لهم، وهو قول الشافعية وأحد أقوال المالكية.

والقول الثاني أنه حبس باطل، وللورثة أن يقسموه، أو يبيعوه، ولا يلزمهم وقفه، إلا أن يشاؤوا ذلك.

فلهم وقفه بناء على القول بصحة الوقف على النفس، لأن الاجازة ابتداء عطية على المشهور وحجة هذا القول أنه يؤدي إلى الوصية لوارث، لأن من مات من الورثة يرجع نصيبه لمن بعده، فصار ميراث الأخ أكبر، وهو قول مالك وابن القاسم وأشهب وبعض الشافعية.

القول الثالث: إن قال في حبسه لا يباع، ولا يورث صح، وإن لم يشترط ذلك لم يصح، وهو لبعض المالكية.

الحالة الثالثة: الوقف على جميع الورثة على خلاف مواريثهم، كمن حبس داره على ابنه وبنته، بالتساوي بينهما[2].

وقد اختلف فيها أيضا ومذهب المالكية المنع قطعا، وللحنابلة قولان، بالجواز والمنع، مبنيان على الخلاف السابق في صحة الوقف على بعض الورثة دون بعض فمن

---

[1] - انظر الرهوني: 146/7 - نهاية المحتاج 49/6 – 369/5 – الشرقاوي 77/2.
[2] - الرهوني : 146/7 - المغني 574/5.

أجـاز ذلـك أجـاز هـذا. ومن منع ذلك منع هذا، لأن الوقف عليهم على خلاف إرثهم يتضـمن تخصـيص أحدهـم بـزيادة علـى نصـيبه، فكأنـه وقف عليه تلك الزيادة دون بقية الورثة.

المطلب الثانـي:

فيما يلحق بالتبـرع في المرض.

نعـالج في هـذا المبحث بعض التصرفات الملحقة بالتبرع في هذا الباب، لما فيها من إخراج المال، أو التنازل عنه في مقابل غير مالي محقق، وهي النكاح، والخلع، والصلح عن دم العمد، والمحاباة، والإقرار بالدين، وقضاء بعض الغرماء دون بعض، والقرض.

ونخصـص لهـا سـبعة فروع: الأول في نكاح المريض، والثاني في خلع المريضة، والثالث في الصلح عن جناية العمد، والرابع في قضاء بعض الغرماء دون بعض، والخامس في المحابـاة في البـيع والشـراء وغيرهمـا مـن المعاوضـات، والسادس في الإقرار بالديسن، والسابع في القرض.

الفرع الأول في نكاح المريض: (1)

يـتفق الفقهـاء على أن المريض مرضا خفيفا لا يمنع من النكاح، وأن للزوجة صداقها المسمى لها، وميراثها إذا مات.

واختلفوا إذا كانت المرض مخوفا، والأشهر في مذهب مالك أنه يمنع من النكاح مطلقا، أذن له الورثة في ذلك أم لا، احتاج للنكاح أو لا، تزوج مسلمة، أو كتابية، وإن تـزوج فسـخ نكاحـه قـبل الدخول وبعده، إلا أن يصح صحة بينة، فيقر على نكاحه، ولا يفسـخ، وإذا مـات بعـد صـحته البينة كان لزوجته صداقها المسمى من رأس المال، ولها ميراثها إن كانت ممن يرثه.

---

[1] - انظر الزرقاني: 234/3 – الأم : 108/4- المغني : 64/6 – البداية : 46/2.

أمـا إذا مـات مـن مرضه الذي تزوج فيه، فإنه لا ميراث لها فيه، وفي الصداق تفصيل.

فـإن مـات بعـد فسخ الـنكاح وقـبل الدخول بها فلا شيء لها من الصداق، أخذا بقاعدة سقوط الصداق بالفسخ قبل الدخول.

وإن مـات قـبل الفسخ كان لها الأقل من المسمى وصداق المثل والثلث، دخل أم لم يدخـل، فمـا كان اقل فهو لها، فإن كان صداق المثل هو الأقل أو ثلث التركة هو الأقـل أعطيـت مـا هـو أقـل، وإن مات بعد الفسخ والدخول كان لها الصداق المسمى، تأخذه من ثلثه مبدأ على غيره.

والقـول الثاني للمالكية أن له نكاح الكتابية دون المسلمة، وإن مات كان لها الصداق المسمى إن كان، وإلا فصداق المثل تأخذ ذلك من رأس ماله.

والقول الثالث الجواز إن احتاج، والمنع إن لم يحتج.

وقـال الشـافعية والحنابلة للمريض مرض الموت أن يتزوج ما أحل الله له، من ثـلاث، أو اربـع ويصـدقهن ما أراد في حدود صداق أمثالهن، فإن زاد على صداق المثل كانـت الـزيادة محابـاة، تلـزمه إذا صـح قبل أن يموت، وإن مات من مرضه قبل أن يصح بطلـت إذا كانـت الـزوجة وارثة، لأنها وصية، ولا وصية لوارث وإن كانت ذمية لا ترث كانت الزيادة لها في حدود الثلث لأنها وصية لغير وارث.

وحجـة المالكـية الـنهي عـن إدخـال وارث، والـنهي يقتضـي الفسـاد، وعدم الاعـتداد بالمنهي عنه إذا وقع، ولذلك قالوا بفساد النكاح، ووجوب فسخه، وعدم ترتب الإرث علـيه، وإعطاء زوجته الأقل من ثلاثة، وحجة القول الثاني للمالكية أن العلة هي إدخال وارث، فإذا كانت الزوجة لا ترث جاز النكاح، ولذلك جوز نكاح الكتابية، لأنها لا تـرث، إلا أن أصـحاب القـول الأول يـرون أنهـا قـد تسلم بعد الزواج، وقبل موته، فيؤدي ذلك إلى إدخال وارث، وهو منهي عنه، حالا، أو مآلا، محققا، أو احتمالا.

وحجة القائلين بصحته القياس على البيع، بجامع أن كلا منهما عقد معاوضة، يجوز في الصحة فيجوز في المرض.

وبما روي عن معاذ رضي الله عنه أنه قال في مرضه الذي مات فيه: زوجوني، لا ألقى الله تبارك وتعالى وأنا عزب.

وبأن عبد الرحمان بن أم الحكم تزوج في مرضه ثلاث نساء، وأصدق كل واحدة منهن ألف دينار،فأجيز فعله، وتأوله الشافعي على أنه كان صداق مثلهن.

الفرع الثاني في خلع المريضة:

الخلع معاوضة بين الزوج وزوجته، يطلقها في مقابل عوض يأخذه منها، إلا أن الزوجة لما كنت تبذل مالا، ولا تأخذ مالا، كان في ذلك شبه تبرع على الزوج في الظاهر، ولأنها قد تخالعها بأكثر من ميراثه منها، لو بقيت زوجة له حتى ماتت، لذلك تتهم على أنها تقصد من وراء الخلع التبرع على زوجها، ولا تريد امتلاك عصمتها، ولهذا اختلف الفقهاء في هذا الخلع على أقوال.

مذهب المالكية: [1].

اتفق المالكية على جواز خلع الزوج المريض في حال مرضه بما قل أو كثر، ولا كلام للورثة، لأنه يلحقهم ضرر من تصرفه، بل يستفيدون منه، بإضافة مال جديد إلى تركته.

واختلفوا في خلع المريضة على قولين:

الأول أنه لا يجوز، وهو قول مالك، ويرد المال ولو خالعته بأقل من ميراثه منها، أو صحت من مرضها، لأنه حرام، والحرمة تقتضي الفساد، وعدم الاعتداد به، ولا يترتب عليه أثره، ولهذا يرد المال كله، ويلزمه الطلاق.

والقول الثاني أنه يجوز إذا كان بمثل ميراثه منها، أو أقل منه، وإن كان بأكثر فإنه يرد ما زاد على إرثه منها لو ماتت.

واختلف أصحاب هذا القول هل المعتبر يوم الخلع، أو يوم الموت؟

فمن اعتبر يوم الخلع قال ينفد للزوج قدر ميراثه ويرد الباقي.

---

[1] - انظر المدونة: 241/2 – الزرقاني وبناني : 73/3 .

ومـن اعتبر يوم الموت قال: يوقف جميع المال المخالع به حتى تموت، فإن كان قـدر ميراثـه مـنها أو اقـل أخـذه، وإن كان أكثر فقال ابن رشد: لا شيء له بناء على تحريم الخلع، وقال اللخمي له قدر ميراثه، ويرد الزائد.

وروي عن مالك أنه يجوز خلعها بالثلث كله[1].

وقـال الحـنابلة للـزوج الأقل من الخلع والميراث، إذا خالعته بأكثر من مهرها، ولا يلزم الورثة أن يعطوه أكثر من ميراثه منها[2].

وفـرق أبو حنيفة بين الخلع قبل البناء وبعده، وبين موتها في العدة، أو بعدها، وقال: إن كان الخلع قبل البناء، أو ماتت بعد انقضاء العدة فالخلع من الثلث[3].

وإن كان بعد الدخول، وماتت قبل انقضاء العدة كان للزوج الأقل من الخلع وميراثـه منها، فأيهما كان أقل أعطيه، وقال الشافعي: الزيادة على مهر المثل محاباة تعتبر من الثلث[4].

الفرع الثالث في صلح المريض عن دم العمد:

وهـو يتـناول مسـألتين الأولـى مصالحته عن دمه هو، والثانية مصالحته عن دم غـيره الـذي جـنى علـيه، أو بعـبارة أخـرى هنا صلحه عن القصاص الذي وجب له، أو القصـاص الـذي علـيه لغيره، والمسألتان محل خلاف بين الفقهاء، بالنسبة للمسألة الأولى فـإن مذهـب مـالك أنـه إذا جـرح المريض عمدا جرحا قاتلا ،فصالح قاتله على شيء في مقابل عفوه عنه، فإن صلحه لازم للورثة، ولا اعتراض لهم عليه مطلقا، سواء صالح على الدية، أو أقل أو أكثر، حمل ذلك ثلثه، أو لم يحمله.

---

1 - البداية : 69/2.

2 - انظر المغني : 95/6 .

3 - نفس المرجع والصفحة.

4 - البداية 69/2 – الأم : 214/5 – 215.

وللحنابلة قولان أحدهما كقول المالكية، والثاني أنه يعتبر خروجه من الثلث، والأول أصح، بأنه حق بدني غير مالي يجوز العفو عنه بدون مال، فالصلح أولى[1].

ومنشأ الخلاف اختلاف الفقهاء في الواجب في القتل العمد، هل هو القصاص، أو أحد الشيئين: القصاص أو الدية؟ فمن رأى أن الواجب هو القصاص، قال يجوز عفوه، وصلحه على القليل والكثير، لأنه لم يتبرع بمال، ومن رأى أن الواجب القصاص أو الدية والخيار للأولياء، قال لا يجوز عفوه، ولا صلحه، إلا في حدود ما يحمله ثلث المريض، لأنه بعفوه أو صلحه كأنه تبرع بالدية على الجاني، فلا يمضي من تبرعه إلا ما يحمله الثلث، كسائر التبرعات.

وحجة القول الأول قوله تعالى: ﴿**كتب عليكم القصاص في القتلى**﴾[2]. وقوله صلى الله عليه وسلم: "من قتل فهو قَوَدَ"[3]. وفي لفظ (العمد قود إلا أن يعفو ولي المقتول) [4]. وهما صريحان في أن الواجب هو القصاص, إلا أن يقبل القاتل دفع الدية.

وحجة القول الثاني قوله صلى الله عليه وسلم: "من قتل له قتيل فهو بخير النظرين: إما أن يقتل، وإما أن يفدي"[5]. وقوله (من أصيب بدم أو خبل فهو بالخيار بين إحدى ثلاث، فإن أراد الرابعة فخذوا على يديه: أن يقتل، أو يعفو، أو يأخذ الدية) [6]. وهما صريحان أيضا في أن الواجب في قتل العمد هو القصاص، أو الدية، وأن الخيار لولي الدم، وله أن يلزم القاتل بدفع الدية إذا اختار الولي أخذ الدية وترك القصاص.

---

1 - انظر المدونة : 355/3 – الرهوني: 380/5 – المغني : 754/7 . 7/6.

2 - سورة البقرة: من الآية 178.

3 - رواه الدارقطني 94/3.

4 - رواه الدارقطني : 93/3.

5 - متفق عليه، انظر الفتح 205/12.

6 - رواه أبو داود : 169/4

واتفق على أن العفو عن الجناية الموجبة للمال في حال المرض تعتبر وصية بالدية الواجبة فيها، إذا حملها الثلث صح عفوه، وإن لم يحملها الثلث سقط منها ما يحمله الثلث، سواء كانت الجناية خطأ، أو عمدا لا قصاص فيه[1].

وبالنسبة للمسألة الثانية إذا جنى المريض على غيره جناية توجب القصاص، وأراد أن يصالح أولياء المقتول حتى لا يقتلوه قصاصا، فإن للورثة منعه من بذل ما زاد على ثلث ماله، ويسلم لأولياء المقتول لقتله، إذا لم يقبلوا ثلثه، ولم يقبل الورثة السماح له بإعطاء ما زاد على الثلث[2].

الفرع الرابع في قضاء بعض الغرماء دون بعض:

قضاء الدين وأداؤه لصاحبه من الواجبات المعلومة من الدين بالضرورة، دل عليه الكتاب في قوله تعالى: **﴿فإن أمن بعضكم فليؤد الذي ائتمن أمانته﴾**، وقوله: **﴿إن الله يامركم أن تودوا الأمانات إلى أهلها﴾**. كما دلت عليه السنة في قوله صلى الله عليه وسلم: "الدين مقضي، والزعيم غارم"، إلا أن الفقهاء اختلفوا في قضاء المريض بعض غرمائه دون بعض على قولين.

الأول أنه يمنع من ذلك، لما فيه من محاباة بعض الغرماء، وللغرماء الباقين مشاركة من قضاه فيما قبض، وهو قول الشافعي وبعض المالكية، وأحد قولي الحنابلة.

والقول الثاني أنه يجوز له ذلك، ولا اعتراض للغرماء الباقين، ولا حق لهم في مشاركة من قضاه فيما قبض، وهو قول الشافعي وبعض المالكية، وأحد قولي الحنابلة.

حجة القول الأول أنه توليج، قد يؤدي إلى ضياع حقوق باقي الدائنين، فلا يجوز له فعله.

وحجة القول الثاني أنه أدى واجبا عليه، ولا حجر على المريض في الواجبات، ولأنه تجارة ولا حجر عليه في التجارة.

---

1 - انظر الزرقاني 27/7.

2 - انظر : المدونة: 108/4 – المغني : 83/6

الفرع الخامس في المحاباة في المرض:

المحاباة كما سبق نوعان: محاباة في الثمن، بأن يبيع المريض بعض ماله بأقل من ثمن المثل، أو يشتري شيئا بأكثر من ثمن المثل.

ومحاباة في المبيع، بأن يبيع أفضل أملاكه لغيره بثمن المثل، أو أكثر.

والمحابى في الحالتين إما وارث أو أجنبي، وقد تقدم الحديث عن محاباة المريض وارثه.

ونخصص هذا للحديث عن محاباة الأجنبي في الثمن، أو بالمبيع، وهي محل اختلاف بين الفقهاء. مذهب المالكية أن المحاباة بالمبيع لا أثر لها، ولا حق للورثة في الاعتراض عليها، ما دام الثمن ثمن المثل، أو أكثر، لأنه لا ضرر عليهم، لأن حقهم يتعلق بقيمة التركة، لا بأعيانها، وأما المحاباة في الثمن فهي عطية من العطايا، فإن حملها الثلث، أو أجازها الورثة فذاك، وإن لم يحملها الثلث، ولم يجزها الورثة كدار تساوي مائة باعها بثلاثين، أو اشتراها بألف فإن هناك أقوالا ثلاثة.

الأول يخير المشتري بين أن يتم بقية الثمن، ويكون له جميع المبيع، وبين استرداده ثمنه الذي دفع، ويعطيه الورثة ثلث الميت.

القول الثاني يخير أيضا بين أن يتم الثمن ويأخذ الجميع، فإن أبى فله من المبيع بقدر ثمنه، ويعطى ثلث الميت يجمع بينهما.

القول الثالث أنه لا خيار له في إتمام الثمن، وأخذ المبيع جبرا على الورثة، وإنما له قدر ثمنه من المبيع وثلث الميت[1].

ومذهب أهل الظاهر العقد بمحاباة في الثمن باطل يجب رده[2].

ومذهب الحنفية أن المشتري مخير، إن شاء كمل الثمن، وأخذ المبيع، وإن شاء فسخه، ولا شيء له، وللشافعية قولان فيمن باع عبدا لا يملك غيره بمحاباة ثلثي ثمنه، كما لو كانت قيمته ثلاثون، فباعه بعشرة، الأول أنه يخير المشتري إن شاء فسخ البيع،

---

[1] - انظر: الرهوني: 356/5.

[2] - المغني: 92/6 – 93.

واسترجع ثمنه، وإن شاء أمضاه في هذه الحالة يأخذ نصف المبيع بنصف الثمن، ويفسخ البيع في الباقي.

والقول الثاني أنه يأخذ ما ينوب ثمنه بالنصف، ويأخذ الثلث بالمحاباة، وهو الصحيح عند الحنابلة[1].

الفرع السادس في الإقرار في المرض:

الإقرار اعتراف بحق سابق، واجب على المقر، ليس فيه أدنى تبرع، إلا أن المريض قد يتهم في إقراره بحق لا أصل له للتوصل بذلك إلى التبرع بماله، والإضرار بورثته، بعد ما رأى ماله صائرا إليهم.

ومن هنا اختلف الفقهاء في إقرار المريض بمال لغيره ديونا، أو ودائع، أو غيرها.

وقد سبق الحديث عن إقراره للوارث، ونقتصر هنا على إقراره لغير وارث، قريب، أو أجنبي، ومذهب مالك صحة إقراره لغير وارث مطلقا، ويخرج ذلك من رأس ماله، إلا أن يقر لصديق ملاطف، أو قريب غير وارث، أو ولد ولده، ذكر أو أنثى فلا يصح إقراره إذا لم يكن له وارث أصلا أو له وارث غير ولد، فإن كان يرثه ولده أو ولد ولده ذكر أو أنثى صح إقراره لهما[2].

وللحنابلة أقوال ثلاثة في إقراره لغير وارث، الجواز، والبطلان، والثالث لا يجوز إقراره له بأكثر من الثلث، قياسا على العطية[3].

الفرع السابع في القرض: [4]

القرض عقد من عقود المعاوضة، لاسترجاع المقرض مثل ما دفع، إلا أنه لا تنمية فيه، ومعرض للضياع، بجحود المقترض، أو إفلاسه، وهو بالإضافة إلى ذلك نوع من

---

1 - نفس المرجع.
2 - انظر البهجة : 292/2.
3 - المغني : 196/5.
4 - انظر المدونة : 109/4 – 110.

المعروف، يقدمه المقرض للمقترض، ولذلك جاءت الأحاديث بالحث عليه، والترغيب فيه، واعتبار درهم القرض أفضل من ثمانية عشر درهما صدقة.

ومن أجل هذا الشبه بين المعاوضة، والمعروف، اختلف الفقهاء في إعطائه حكم التبرع، أو حكم المعاوضة، فمن راعى جانب المعروف قال يجوز للمريض إقراض ثلث ماله فأقل، ولا كلام للورثة، فإن أقرض أكثر منه خير الورثة في إمضاء القرض، أو إعطاء المقترض ثلث الميت، ومثل ذلك إذا أخر المريض مدينه بماله عليه من الدين، فإن الورثة يخيرون إما أن يمضوا ذلك، أو يعطوا المدين ثلث الميت.

المطلب الثالث :

في معاوضة المريض وما في حكمها.

المعاوضة كل معاملة فيها أخذ وعطاء، مثل البيع والشراء، والكراء، والصلح على مال، والقراض والشفعة، وما شابه ذلك، وقد اتفق الفقهاء على أنه لا حجر عليه فيها لأنه لا ضرر على الورثة فيها، إلا أن تكون محاباة فتجري على ما سبق[1].

وقال أبو حنيفة يحجر عليه في معاوضته مع الوارث، ولو لم تكن محاباة[2].

وسبب الخلاف اختلافهم في وجه تعلق حق الورثة بالتركة، فمن رأى أنه يتعلق بأعيان التركة قال: لا يجوز للمريض تفويتها لبعض الورثة، ولو بقيمتها، وهذا قول أبي حنيفة ومن وافقه.

ومن رأى أن حق الورثة يتعلق بقيمة التركة، قال: يجوز له معاوضة وراثه بمثل الثمن، ولا اعتراض للورثة عليه. واتفق الفريقان أنه لا يحجر عليه في نفقاته، ونفقة من تجب عليه نفقته، ولا في تداويه ولو بجميع ماله.

وقال أبو محمد يحجر عليه فيما زاد على حاجته، من الانفاق في الأكل، والكسوة، والتداوي والعلاج، وشراء ما يحتاج من الأشربة، والأدوية، وأجرة الطبيب،

---

1 - الشرح الكبير : 296/3 – المنتقي : 157/6. المغني : 83/6.
2 - الفقه الإسلامي وأدلته : 137/4.

ويمنع من السرف، وما خرج عن العادة، لأن ذلك إخراج مال على غير عوض يستفيده، أو ورثته، وكان في معنى إضاعته، وذلك ممتنع[1].

وكذلك لا يحجر عليه فيما لزمه من حقوق، لا يمكنه دفعها وإسقاطها، مثل أرش جناية ارتكبها ومهر امرأة اغتصبها، وضمان سلعة أتلفها، وما شابه ذلك[2].

---

1 - انظر المنتقى : 157/6.

2 - المغني : 83/6.

المبحث الرابع :

في الفرق بين الوصية الاختيارية والوصية الحكمية.

تتفق الوصية الاختيارية والوصية الحكمية في كثير من الأحكام، و تفترقان في أحكام أخرى كذلك.

نشير في هذا المبحث إلى بعضها، ونقسمه إلى مطلبين، الأول فيما تتفقان فيه والثاني فيما يختلفان فيه.

المطلب الأول:

في الأحكام المشتركة بينهما وهي:

1 – أن كلا منهما لا يجوز بأكثر من الثلث، إلا بإجازة الورثة.

2 – أن كلا منهما لا تصح للوارث، إلا بإجازة الورثة كانت بالثلث، أو أقل، أو أكثر كما سبق فيهما.

3 – أن كلا منهما ناقصة الفضل عن الصدقة في الصحة، كما دل على ذلك الحديث المتفق عليه أنه صلى الله عليه وسلم سئل عن أفضل الصدقة، فقالك أن تصدق وأنت صحيح شحيح، تأمل الغنى وتخشى الفقر، ولا تمهل حتى إذا بلغت الحلقوم قلت لفلان كذا ولفلان كذا، وقد كان لفلان[1]. وحديث، مثل الذي يعتق عند الموت كمثل الذي يهدي إذا شبع[2].

4 – أن المعتبر في خروجهما من الثلث هو وقت الموت، لا قبله ولا بعده عند الحنابلة، وعند المالكية هو وقت التنفيذ، لا يوم الموت، فإذا تبرع بما يساوي الثلث، ثم نقص ماله، وصارت الصدقة تساوي نصف التركة لم ينفذ منها إلا ما يساوي الثلث،

---

1 - سبق تخريجه.

2 - رواه الترمذي 295/3. النسائي 238/3.

اعتبارا بوقت التنفيذ، لا يوم التبرع، ولا يوم الموت، كما أنه إذا تبرع بأكثر من الثلث، فنما ماله قبل موته، أو بعده قبل القسمة فصار ما تبرع به يساوي الثلث، أو أقل فإنه ينفذ جميع التبرع، اعتبارا بوقت التنفيذ لا بما قبله.

المطلب الثاني:

فيما تختلفان فيه

تفارق الوصية الحكمية أو التبرع في المرض الوصية الاختيارية في عدة أحكام من بينها:

1 – أن الوصية غير لازمة، ويجوز فيها الرجوع، كما سبق بخلاف الوصية الحكمية، التبرع في المرض، فإنه لازم، لا رجوع فيه للمعطي، ولو تبرع بجميع ماله، لقوله تعالى: ﴿**أوفوا بالعقود**﴾[1]. والتبرع عقد من العقود داخل في عموم لفظ العقود، والأمر للوجوب.

والفرق بين الوصية والتبرع في المرض أن التبرع في الوصية مشروط بالموت، فما دام لم يمت فلم يوجد التبرع، فله الرجوع، بخلاف التبرع في المرض فإنه عقد ناجز، غير معلق على الموت، يلزم بوقوعه كسائر العقود.

كما أن الفرق بين الوصية والتبرع في المرض بأكثر من الثلث، حيث جاز للورثة رد الزائد، ولم يجز له هو رد الزائد على الثلث، هو أن المنع من الزيادة على الثلث لحق الورثة، فلذلك كان لهم الرد والإجازة بخلافه هو،فإنه تصرف في ماله وحقه، فلا يمكن من نقضه، أو نقض بعضه لأنه عقده باختياره.

2- أن الوصايا عند ضيق الثلث يحاصص بينها، او يقدم بعضها على بعض على التفصيل السابق.

---

[1] - سورة المائدة من الآية 1

بخلاف العطايا في المرض إذا اجتمعت مع الوصايا، فإنها تقدم على الوصايا لأنها منجزة ولازمة، ولا رجوع فيها بخلاف الوصية في كل ذلك.

3 – أنه في حال تعدد العطايا في المرض، فإنه يقدم الأول، فالأول إذا ضاق الثلث عن حمل جميعها، ولا يحاصص بينها، إلا أن تقع دفعة واحدة، كما لو قال لجماعة لكل واحد منكم مائة ألف، أو وكل جماعة على التبرع، فتبرعوا في وقت واحد، وضاق الثلث عن حمل جميع التبرعات، فإنه يقسم بينهم بالمحاصة.

4 – أن الوصايا لا تنفذ إلا بعد الموت مطلقا إجماعا، بخلاف التبرع في المرض، فإن فيه تفصيلا وخلافا تقدم بيانهما.

الخاتمة

نسجل في هذه الخاتمة بعض الانطباعات، والملاحظات التي خرجت بها هذه الدراسة، والتي نلخصها في النقط التالية:

أولا: أن الإسلام ومن خلال الفقه الإسلامي على اختلاف مذاهبه واتجاهاته، وخاصة الفقه المالكي فتح أبواب الوصايا في وجه العموم، وحررها من كثير من القيود المفروضة على غيرها. من العقود والمعاملات، وحاباها بكثير من التسهيلات، والامتيازات كما يتجلى ذلك في:

1- إعطاء الجميع حق الوصية بنصيب من ماله، دون تمييز في الجنس، أو الدين، أو السن حتى الصغار، والسفهاء، والمرضى لم يحرمهم من هذا الحق، وأتاح لهم نفس الفرص التي أتاحها لغيرهم من الرشداء والأصحاء، ضاربا عرض الحائط بالحجر المفروض عليهم في أموالهم في حياتهم.

2- إطلاق يد الموصين في أموالهم وأملاكهم وحقوقهم، يوصون بما شاءوا منها في حدود الثلث، لا فرق بين الأموال الحاضرة والغائبة، المعلومة والمجهولة، المقدور عليها والمعجوز عنها، والعروض والأصول، والنقود، والديون الحالة والمؤجلة، ما كان مملوكا من تلك الأموال حين الوصية، وما كان منتظر الملك في المستقبل.

كما ترك لهم الحق في اختيار من يوصون له بهذه الأموال، من الأشخاص والجهات الموجود منهم، والمنتظر الوجود، القريب والأجنبي، ولم يفرض عليهم جهة بعينها، ولا طائفة معينة من الأشخاص.

فتح الإسلام هذه الأبواب في وجه الوصية، ووسع من مجالاتها، لما يوليه لها من أهمية بالغة. ولما يراه فيها من مصالح دينية، ودنيوية، ولما يمكن أن تحققه من منافع عامة وخاصة في المجالات المختلفة، اجتماعية واقتصادية، وعمرانية وعسكرية وغير ذلك من وجوه البر، وأبواب الخير.

ثانيا: أن الإسلام عرف كيف يوفق بين رغبات الموصين، وتعلقهم الشديد بأموالهم، وحرصهم البالغ عليها، وبين تطلعات الورثة وتشوفهم لأموال مورثهم، وذلك من خلال.

1- إعطاء الحرية المطلقة للموصي في الوصية، وعدم فرضها عليه إلا في حدود ضيقة جدا، عندما تتوقف حقوق الله. أو حقوق العباد عليها.

2- تمكينه من الرجوع في وصيته، أو تغييرها كلما أحس بحاجة إلى ذلك، في صحته أو مرضه، وفي جميع الظروف والحالات، لا يحول بينه وبين هذا الحق إلا خروج روحه، ولفظ أنفاسه.

3- توفير الضمانات التامة، والحماية الكافية لتنفيذ الوصية، لطمأنة الموصين على مصير أموالهم التي وصوا بها، وتحققهم من صرفها في الجهات التي اختارها الموصون بمحض إرادتهم، وأنها لن يلحقها تبديل، ولا تغيير بعد وفاتهم، مصداقا لقوله تعالى: " فمن بدله بعدما سمعه فإنما أثمه على الذين يبدلونه، إن الله سميع عليم"[1]

4- من خلال تحديد نصاب الوصية في الثلث، والمنع من تجاوزه إلا برضا الورثة، وبذلك ضمن حق الموصي في الاستفادة من بعض ماله بعد وفاته، كما ضمن حق الورثة في الانتفاع بثروة مورثهم، عكس بعض الأنظمة التي تعطي للموصي الحرية المطلقة، في الوصية بجميع ماله لمن يشاء، وفي بعض الأحيان لقططه وكلابه، وحرمان ورثته وأقاربه،أو الاحتفاظ لهم بالشيء اليسير.

ثالثا: إلا أنه رغم هذه التسهيلات والضمانات الممنوحة للموصين في وصاياهم، فإن الإسلام شدد الرقابة عليهم من وجه آخر، حين جعل صحة الوصايا مرهونة بما تعود به من النفع العام أو الخاص، وما تحقق من المصالح للفرد والمجتمع، في حدود الشريعة الإسلامية، وداخل محيطها، وعلى ضوء مقاييسها.

ومن هذا المنطلق منع منعا باتا الوصايا المحرمة، كي لا تتحول الوصايا إلى أداة هدم وتخريب، أو تتخذ مطايا لنشر الفساد والشر، ومساعدة أهله وذويه، لأن المال مال الله، والعبد خليفته فيه، فلا يجوز له صرفه فيما يغضب الله، ولا يرضيه، ولا بذله

1- سبق تخريجها.

لمن يحاربه ويكفر به. مصداقا لقوله تعالى: ﴿ **وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان**﴾ [2] وقوله صلى الله عليه وسلم: **لا يأكل طعامك إلا تقي** [3].

رابعا: انزلاق بعض القوانين الوضعية، وخروجها عن جادة الفقه الإسلامي، بشرعها وصايا لا أصل لها في الإسلام، ، وإبطالها وصايا أخرى صحيحة، ثابتة بالسنة والإجماع، متذرعة في ذلك بذرائع واهية، كما هو الشأن بالنسبة لإيجاب الوصية القانونية، وإباحة الوصية لوارث، ومنع الوصية بالمنافع لأكثر من طبقتين، وإلغاء الوصية اللفظية غير المكتوبة، وغير ذلك مما سبق التنبيه عليه في محله.

وكان حريا بتلك القوانين أن تتمسك بما جاءت به السنة. وأجمعت عليه الأمة في ذلك، وتكتفي بتقنين ذلك وتدوينه، مصداقا لقوله تعالى: ﴿ **ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها، ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون**﴾ [4] صدق الله العظيم، والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين؟، وعلى آله وصحابته أجمعين، والحمد لله رب العالمين. في البدء والختام، والسلام. انتهى.

2- سبق تخريجها.

3- سبق تخريجه.

4- من الآية:18-الجاثية.

فهـــرس الآيـــات

اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا إن كنتم مومنين.	--	77
إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه.	--	534
وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة.	--	347
واستشهدوا شهيدين من رجالكم.	--	512
يا بني آدم إن الله اصطفى لكم الدين..	--	534
الشيطان يعدكم الفقر ويامركم بالفحشاء.	--	42
فإن أمن بعضكم بعضا فليؤد الذي ائتمن أمانته.	--	58
ولا تكتموا الشهادة.	--	34
لا يكلف الله نفسا إلا وسعها.	--	335
لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون.	آل عمران	42
ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا .	--	53
ولقد كنتم تمنون الموت من قبل أن تلقوه.	--	588
ولا توتوا السفهاء اموالكم التي جعل الله لكم قيما وارزقوهم فيها.	النساء	115
وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح.	--	126
ومن كان فقيرا فلياكل بالمعروف.	--	601
للرجال نصيب مما ترك الوالدان...	--	71
وإذا حضر القسمة أولوا القربى واليتامى والمساكين...	--	65
يوصيكم الله في أولادكم.	--	12
من بعد وصية يوصي بها أو دين.	--	38

38	--	من بعد وصية يوصين بها أو دين.
38	--	من بعد وصية توصون بها أو دين.
87	--	من بعد وصية يوصي بها أو دين غير مضار.
161	--	ولكم نصف ما ترك أزواجكم...
161	--	وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة الآية.
11	--	وصية من الله، والله عليم حليم.
247	--	تلك حدود الله، ومن يطع الله...
139	--	لا تاكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم...
58	--	إن الله يامركم أن تودوا الأمانات إلى أهلها.
101	--	ومن قتل مومنا خطأ فتحرير رقبة مومنة.
53	--	إن الصلاة كانت على المومنين كتابا موقوتا.
11	--	ولقد وصينا الذين أوتوا الكتاب من قبلكم.
34	--	يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم.
20	المائدة	أوفوا بالعقود.
112	--	ولا تعاونوا على الإثم والعدوان.
148	--	ومن يكفر بالإيمان فقد حبط عمله وهو في الآخرة من الخاسرين.
222	--	وأن أحكم بينهم بما أنزل الله.
226	--	إنما وليكم الله ورسوله والذين آمنوا.
20	--	ولكن يواخذكم بما عقدتم الأيمان.

يـا ايهـا الذيـن آمـنوا شـهادة بيـنكم إذا حضـر أحدكـم الموت...	--	11
ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق.	الأنعام	240
ولا تكسب كل نفس إلا عليها.	--	245
حتى يلج الجمل في سم الخياط.	الأعراف	295
فـلما تغشـاها حملـت حملا خفيفا فمرت به، فلما اثقلت دعوا الله. الآية.	--	586
واعلموا أنما غـنم من شيء فأن لله خمسه وللرسول. الآية.	الأنفال	
فإذا انسلخ الأشهر الحرم فاقتلوا المشركين.	التوبة	225
وإن أحـد مـن المشـركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله ثم أبلغه مامنه.		233
لا تـتخذوا آبـاءكم وإخوانكـم أولياء، إن استحبوا الكفر على الإيمان.		226
والذين يكنزون الذهب والفضة. الآية.		48
إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها...		601
ومـنهم مـن عاهد الله لئن آتانا من فضله لنصدقن ولنكونن من الصالحين.		503
قاتلوا الذين يولونكم من الكفار وليجدوا فيكم غلظة.		230
وإذا تـتلى عليهم آياتنا بينات قال الذين لا يرجون لقاءنا بقرآت غير هذا أو بدله.	يونس	
هـو الذي يسيركم في البر والبحر، حتى إذا كنتم في الفلك. الآية.		592
فبشرناها بإسحاق.	هود	586

والله أخرجكم من بطون أمهاتكم لا تعلمون شيئا.	النحل	136
وآت ذا القربى حقه والمسكين وابن السبيل.	الإسراء	298
ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق.	--	238
فإذا جاء وعد الآخرة جئنا بكم لفيفا.	--	527
وأوصاني بالصلاة والزكاة.	مريم	12
وما كان ربك نسيا.	--	161
وما ينبغي للرحمن أن يتخذ ولدا.	--	54
وما جعل عليكم في الدين من حرج.		109
يا أيها الذين آمنوا اركعوا واسجدوا واعبدوا ربكم وافعلوا الخير.		124
يا أيها الذين آمنوا ليستاذنكم الذين ملكت أيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم	النور	129
وصاحبهما في الدنيا معروفا.	لقمان	227
أفمن كان مومنا كمن كان فاسقا. لا يستوون.	حم السجدة	227
وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله من المومنين والمهاجرين.	الأحزاب	39
قد يعلم الله المعوقين منكم والقائلين لإخوانهم...	--	589
وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به	--	101
والمتصدقين والمتصدقات	--	586
سبحانك ما كان ينبغي لنا أن نتخذ من دونك من أولياء	الفرقان	54
وما علمناه الشعر وما ينبغي له	يس	54

53	ص	إن كل إلا كذب الرسل فحق عقاب
65	الزمر	ولقد ضربنا للناس في هذا القرآن من كل مثل...
147	--	لئن أشركت ليحبطن عملك ولتكونن من الخاسرين
587	الأحقاف	وحمله وفصاله ثلاثون شهرا
519	الحجرات	إن جاءكم فاسق بنبإ فتبينوا
460	الطور	والذين آمنوا واتبعتهم ذرياتهم بايمان...
250	النجم	وما ينطق عن الهوى إن هو إلا وحي يوحى
98	--	وأن ليس للإنسان إلا ما سعى
585	الحديد	إن المصدقين والمصدقات وأقرضوا الله...
228	--	لا تجد قوما يومنون بالله واليوم الآخر يوادون من حاد الله...
225	الممتحنة	لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين...
85	الصف	لم تقولون مالا تفعلون.
519	الطلاق	واشهدوا ذوي عدل منكم واقيموا الشهادة لله.
2	المنافقون	وانفقوا مما رزقناكم من قبل أن ياتي أحدكم الموت فيقول رب لولا أخرتني إلى أجل قريب فأصدق وأكن من الصالحين.
231	الإنسان	ويطعمون الطعام على حبه مسكينا ويتيما وأسيرا.
42	الفجر	وتحبون المال حبا جما
303	الضحى	ووجدك عائلا فأغنى

فهرس الأحاديث

فهرس الآثار

لائحة القواعد الأصولية الواردة في البحث

لائحة المصادر والمراجع المحال عليها في الأطروحة

- *القرآن الكريم وتفاسيره*

1- أحكام القرآن لأبي بكر بن العربي المعافري تحقيق علي البجاوي طبعة دار الجميل بيروت بلا تاريخ.

2- الجامع لأحكام القرآن للأمام القرطبي طبعة دار الكتب العلمية بدون تاريخ.

3- أحكام القرآن لأبي بكر الجصاص طبعة دار الفكر بدون تاريخ.

4- المحرر الوجيز للقاضي أبي محمد بن عطية طبعة وزارة الأوقاف المغربية

5- أضواء البيان للشيخ محمد الأمين الشنكيطي طبعة عالم الكتب بدون تاريخ.

6- في ظلال القرآن للسيد قطب الطبعة الرابعة والعشرون1415 هـ 1995م دار الشروق.

7- التحوير والتنوير لفضيلة الشيخ الطاهر بن عاشور طبعة الدار التونسية للنشر بدون تاريخ

8- مختصر ابن كثير دار الفكر بيروت لبنان.

9- تفسير الجلالين بحاشية الصاوي طبعة دار احياء التراث العربي بيروت،بدون تاريخ.

10- الناسخ والمنسوخ في القرآن الكريم لأبي بكر بن العربي تحقيق الدكتور عبد الكبير العلوي ط وزارة الأوقاف سنة 1408هـ 1988م.

11- روح المعاني للالوسي

- *كتب السنة وشروحها*

1- موطأ الإمام مالك بشرح المنتقى للإمام الباجي ط دار الكتاب العربي بدون تاريخ

2- صحيح البخاري بشرح فتح الباري للحافظ ابن حجر ط دار الفكر بدون تاريخ.

3- سنن ابي داور- ط دار الفكر بدون تاريخ

4- سنن الترميذي ط دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع بدون تاريخ.

5- سنن النسائي ط دار الفكر بدون تاريخ

6-صحيح ابن ماجة- جمع ناصر الدين الألباني ط- مكتبة التراث العربي لدول الخليج بدون تاريخ

7-سنن الدارقطني – ط دار المحاسن لطباعة القاهرة بدون تاريخ

8-سنن سعيد بن منصور ط- دار الكتب العلمية بدون تاريخ

9- مسند أبي داود الطيالسي دار الكتاب اللبناني ودار التوفيق بدون تاريخ

10- معالم السنن لأبي سليمان الخطابي ط دار الكتب العلمية بدون تاريخ

11-عارضة الأحوذي على الترميذي لأبي بكر بن العربي

12- صحيح مسلم بشرح النووي.

13- أحكام الأحكام بشرح عمدة الأحكام لشيخ الإسلام ابن دقيق العيد ط دار الكتب العلمية

14- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد للحافظ ابن عبد البراط وزارة الاوقاف.

15- المراسيل للامام أبي داود السجستاني ط 1 دار القلم 1406هـ-1986م

16- 19- الادب المفرد للإمام البخاري مطبعة أفسيت بمدينة طشقند 1390هـ 1970 م

17- نيل الأوطار للإمام الشوكاني دار الكتب العلمية بدون تاريخ

18- سبل السلام على بلوغ المرام للإمام الصنعاني تحقيق ومراجعة جماعة من العلماء منشورات دار مكتبة الحياة.

19- الإصابة في تمييز الصحابة للحافظ ابن حجر ط دار الكتب العلمية بدون تاريخ

20- السيرة النبوية لابن هشام تحقيق الشيخ محي الدين ط دار الفكر بدون تاريخ

21- الإتحافات السنية على البخاري للإمام القسطلاني

22- النهاية في غريب الحديث لابن الأثير المكتبة الإسلامية

-علوم القرآن والحديث:

1- اسباب النزول للواقدي ط دار الرشاد الحديثة

2- البرهان في علوم القرآن للزركشي

3- الاتقان في علوم القرآن للسيوطي

4- مفردات القرآن للراغب الأصبهاني

5- التبصرة والتذكرة –شرح الفية العراقي دار الكتب العلمية

6- فتح الباقي على ألفية العراقي.

7- فضائل القرآن لأبي عبيد القاسم بن سلام تحقيق الاستاذ الخياطي ط وزارة الأوقاف 1415هـ 1995م.

-كتب الفقه وأصوله ونوازله:

1- المدونة الكبرى للإمام مالك رواية سحنون عن ابن القاسم ط- دار الفكر

2- الأم للإمام للشافعي

3- المحلى لابن حزم الظاهري

4- المغني لابن قدامة تعليق محمد رشيد رضا دار المنار سنة 1367هـ.

5- بداية المجتهد ونهاية المقتصد للحفيد ابن رشد ط السابعة 1985م- 1405هـ دار المعرفة

6- القوانين الفقهية لابن جزي

7- الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي ط دار الفكر

8- الفقه على المذاهب الأربعة لعبد الرحمان الجزيري

9- إعلام الموقعين لابن القيم الجوزية

10- الفروق للإمام القرافي. دار المعرفة 1994

11- الذخيرة للقرافي ط دار الغرب الإسلامي تحقيق الاستاذ بوخبرة

12- أدوار الشروق على أنوار الفروق لابن الشاط بهامش الفروق

13- شرح حدود ابن عرفة للإمام الرصاع طبعة وزارة الاوقاف

14- متن خليل وشروحه وحواشيه

15- الزرقاني وحاشية بناني ط الميرية بولاق 1303هـ

16- حاشية الرهوني

17- شرح الخرشي وحاشيته للشيخ العدوي ط السرفية 1316هـ

18- الشرح الكبير للشيخ الدردير بحاشية الشيخ الدسوقي ط محمد علي صبيح 1353هـ

19- كفاية الطالب لابي الحسن على الرسالة بحاشية العدوي ط الأزهرية 1323هـ

20- البهجة في شرح التحفة لأبي الحسن علي التسولي

21- حلي المعاصم لبنت فكر ابن عاصم لأبي عبد الله محمد التاودي

22- حاشية المهدي الوزاني على التداوي في شرح التحفة ط فاسيته

23- مواهب الخلاق على لامية الزقاق لابي الشتاء الغازي الحسيني

24- تبصرة الحكام في اصول الاقضية ومناهج الاحكام للإمام ابن فرحون دار الكتب العلمية

25- العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والاحكام للشيخ ابن سلمون دار الكتب العلمية

26- حاشية الفقيه الهواري على لامية الزقاق طبعة فاسية

27- ايضاح الأسرار المصونة في الجواهر المكنونة لمؤلفه الشيخ الرسموكي دار الفكر

28- ايضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك للونشريسي تحقيق الأستاذ الخطابي ط وزارة الاوقاف 1400هـ

29- المعيار المعرب والجامع المغرب للفقيه ابي العباس الونشريسي ط وزارة الأوقاف 1401هـ

30- النوازل الصغرى للشيخ المهدي الوزاني ط وزارة الاوقاف المغربية 1413هـ1993م.
31- نوازل الشريف العلمي ط وزارة الاوقاف 1406هـ1986م.
32- مجموع فتاوي ابن تيمية لشيخ الإسلام ابن تيمية ط المعارف المغرب بدون تاريخ
33- الفتاوي الهندية وبهامشها الفتاوي البزازية دار احياء التراث العربي بدون تاريخ
34- نهاية المحتاج إلى المنهاج لشمس الدين الشافعي دار التراث العربي
35- حاشية الشرقاوي على التحرير لابي يحي الأنصاري دار المعرفة
36- بدائع الصنائع للكاساني الحنفي نشر دار الكتاب العربي
37- التلقين للقاضي عبد الوهاب البغدادي ط وزارة الأوقاف 1413هـ 1993م
38- جني زهر الآس في شرح نظم عمل فاس للفقيه كنون مطبعة الشرق الوحيدة بدون تاريخ
39- قواعد الاحكام في معالم الانام للفقيه عز الدين بن عبد السلام دار الجيل بدون تاريخ.
40- ارشاد السالك إلى اشرف المسالك في فقه الإمام شهاب الدين بن عساكر دار الكتاب
41- الكواكب الدرية في فقه المالكية للدكتور محمد جمعة ط 5 المكتبة الأزهرية 1410 هـ1990م.
42- أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الاسلامية للدكتور أحمد فراج ط الدار الجامعية 1986م
43- الوصية الواجبة في الإسلام لمؤلفه هشام قبلان مكتبة الفكر الجامعي لبنان بدون تاريخ
44- علم الفرائض لمؤلفه الدكتور بلعقيد
45- الجديد في علم الفرائض في مجال التطبيق للطاهر زنيبر والبكاري ط 1994.
46- المبسوط للسرخسي

47- كتاب الاجماع لابن المنذر نشر دار القلم بيروت

48- الاستذكار لابن عبد البر

49- مقدمات ابن رشد بهامش المدونة الكبرى

50- الوصية الواجبة في الإسلام للاستاذ النقاشي

51- الوثائق الفرعونية بشرح الفقيه الهواري

52- القانون المغربي: مدونة الاحوال الشخصية

53- القانون المصري

54- القانون السوري

55- القانون الكويتي

56- المستصفى للإمام الغزالي دار الفكر للطباعة والنشر

57- فواتح الرحموت للعلامة عبد العلي الانصاري دار الفكر للطباعة والنشر

58- شرح تنقيح الفصول للإمام القرافي دار الفكر

59- الأحكام في أصول الأحكام للآمدي دار الفكر

60- جمع الجوامع بشرح المحلي وحواشيه

61- البحر المحيط للإمام الزركشي تحقيق لجنة من علماء الازهر ط 1 دار الكاتب 1414هـ 1994م

62- ارشاد الفحول للإمام الشوكاني

63- مراقي السعود نشر البنود طبع تحت اشراف اللجنة المشتركة بين المغرب والإمارات العربية

64- الورقات للإمام الحرمين بشرح الحطاب ط التونسية 1351

65- مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول للإمام التلمساني تحقيق عبد الوهاب عبد اللطيف دار الكتب العلمية بيروت

66- الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي للحجوي الثعالبي مكتبة دار التراث

67- احكام الفصول في احكام الأصول للامام الباجي ط درا الغرب الاسلامي- بيروت

68- المحصول في علم الأصول لابي بكر بن العربي دراسة وتحقيق الدكتور الحسين التأويل

69- الاشباه والنظائر للسيوطي دار الفكر للطباعة والنشر

70- -شروح بناني وقصارة وقدورة على متن السلم في المنطق الطبعة الأولى المطبعة الأميرية 1318هـ

فهرس الموضوعات